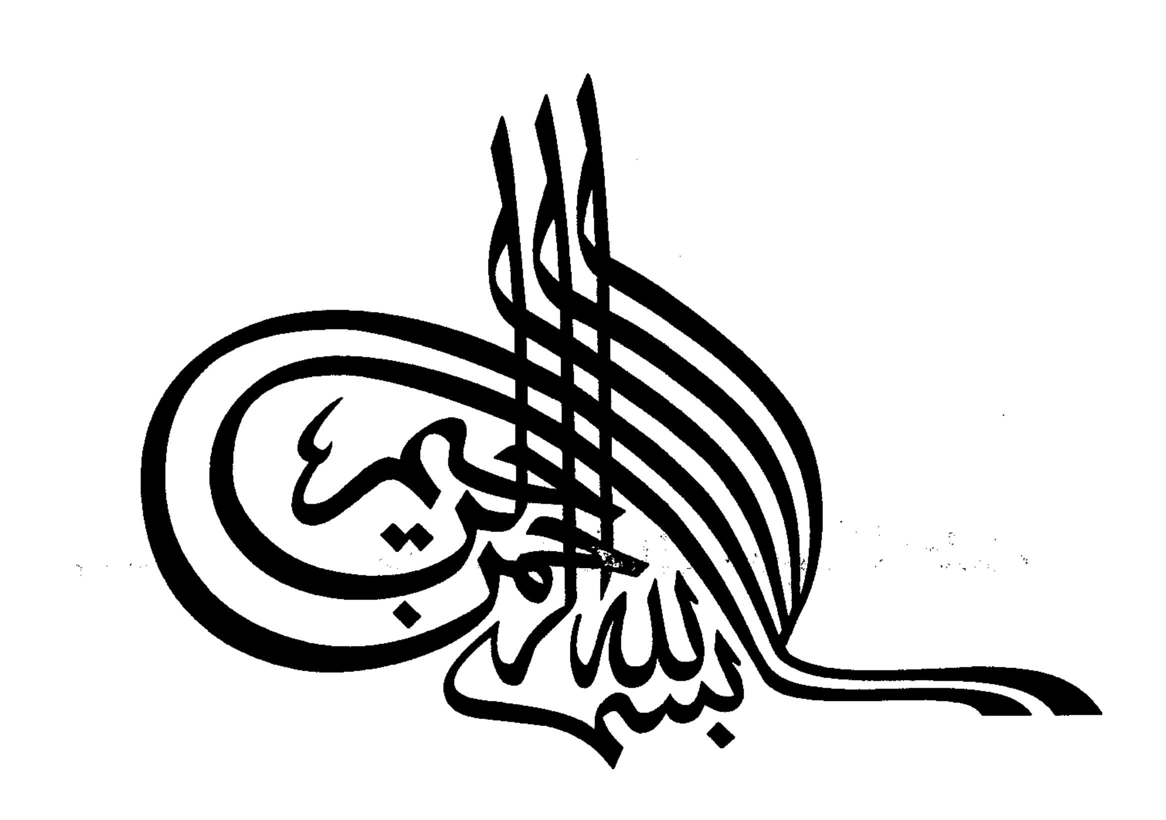
دكتور
أشرف جابر
مدرس القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة حلوان

التأمين من المسئولية المدنية للأطباء

١٩٩٩ م - ١٤٢٠ هـ

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة


بسم الله الرحمن الرحيم

افتتاحية

الحمد لله الذي هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدي لولا رحمته وعنايته . أحمده – سبحانه – حمدا يليق بجلاله ، وينبغي لسلطانه ، وأستعينه استعانة من لا حول له ولا قوة إلا به ، وأستهديه بهداه الذي لا يضل من أنعم عليه به ، وأستغفره استغفار من يقر له بالعبودية ، ويعلم ألا ملجأ ولا منجى منه إلا إليه .

إهـــداء

إلى والـــدىّ

براً بهما وحباً لهما وأملاً فى رضائهما

إلى زوجـــتى

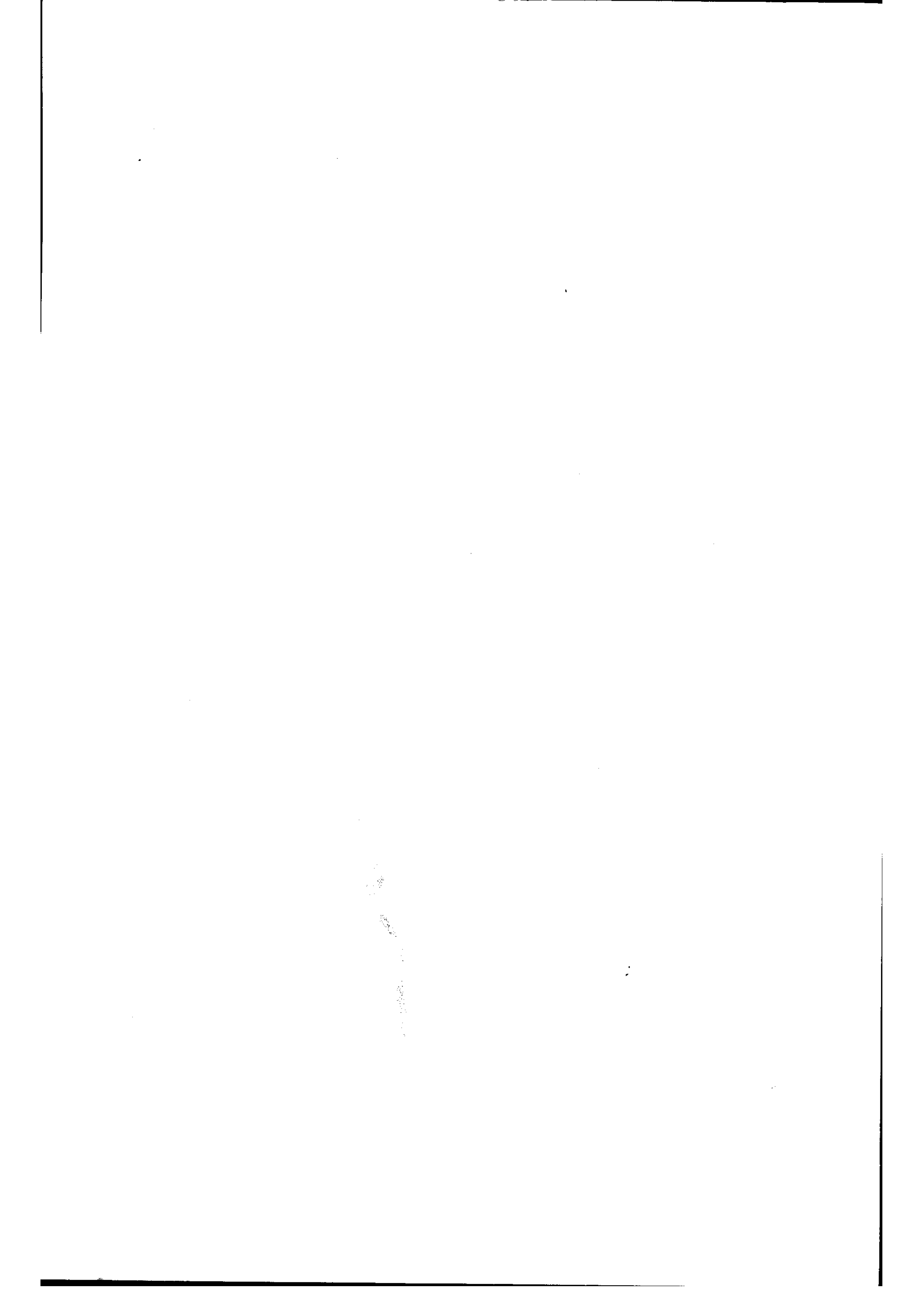
تقديراً وعرفاناً

إلى ابنـــتىّ

حبـــاً موفوراً ودعاءً من القلب موصولاً

إلى إخـــوتى

شكـــــــراً جزيلاً وثناءً جميـــلاً



مقدمة

١- أهمية البحث :

إذا جاز القول بأن المسئولية المدنية هى مرآة المجتمع ، تعكس تفاعلاته ونزاعاته وتطوراته ، فيظهر على سطحها آثار تلك المتغيرات التى تعتريه دوما، لتعين القول إن ثبات هذه المسئولية بقواعدها التليدة ذات الصبغة الشخصية المؤسسة على فكرة الخطأ ، لايعنى سوى فصلها عن واقع الحياة .

فثورة التطورات التى لاتكاد تهدأ ، وتزايد الطابع الجماعى للنشاط الإنسانى ، وخطورة النتائج التى تترتب على هذا النشاط ، كل ذلك جعل تحديد شخص المسئول أمراً عسيراً ، كما ترتب عليه قصور الوظيفة التعويضية للمسئولية حيث لايكون المسئول - إن أمكن تحديده - قادراً على جبر الأضرار الجسيمة التى يمكن أن تترتب على نشاطه .

ولذلك كان طبيعياً أن تبرز أنظمة التعويض الجماعية مدعمة تلك الوظيفة التعويضية للمسئولية المدنية ، فأضحت هذه الأخيرة - فى ظل هذه النظم - ذات طابع اجتماعى ، بحيث لم يعد أمر تعويض المضرور محصوراً بينه وبين المسئول ، وإنما أصبح إلتزاماً تتحمله الذمة الجماعية المتمثلة فى أحد أنظمة التعويض الجماعية .

هذه الأخيرة تتعدد صورها ، فقد تتحقق عن طريق اعتناق نظام التأمين من المسئولية ، وقد تأخذ صورة صناديق الضمان ، بل وقد تتمثل فى تحمل الدولة ذاتها بالإلتزام بتعويض الحوادث التى يمكن أن يطلق عليها " الكوارث الإجتماعية " ، وكل من هذه الأنظمة له نطاق يؤدى دوره فى حدوده ، وإن كانت جميعاً تهدف إلى تدعيم الوظيفة التعويضية للمسئولية المدنية .

من هنا فإن القول بأن نظام التأمين من المسئولية ، وهو أحد النظم الجماعية للتعويض ، قد أسهم كثيرا فى تطوير وتحديث نظام المسئولية المدنية ، بل وزعزعة بعض ثوابته ، لا ينطوى على مبالغة ، بل قد يصيب عين الحقيقة .

آية ذلك ما أصاب أركان هذه المسئولية من تطور على أثر إزدهار وانتشار نظام التأمين من المسئولية ، وهو ماترجمته أحكام القضاء التى نالت كثيرا من القواعد التقليدية للمسئولية ، عن طريق التوسيع فى مضمون هذه الأركان ، وقد حمل القضاء على ذلك اتساع نطاق التأمين من المسئولية كأثر لتزايد حالات المسئولية .

ولذلك يمكن القول إن التأثير بين نظام المسئولية ونظام التأمين من المسئولية تأثير متبادل ، فكلما ازدادت حالات المسئولية كلما قوى الإتجاه نحو التأمين منها وإلقاء عبء التعويض على ذمة جماعية متمثلة فى المؤمن ، وبالمقابل ، كلما ازدهر نظام التأمين من المسئولية كلما ساغ للقضاء أن يقرر مسئولية موسعة للمؤمن له مطمئنا إلى أن وراءه ذمة جماعية تضمن له هذه المسئولية .

وقد كان من الطبيعى أن يلقى هذا التطور بظلاله على المسئولية المدنية فى أحد أهم مجالاتها وهو المجال الطبى ، حيث يعد هذا الأخير من أكثر صور النشاط الإنسانى دقة وتعقيدا .

ويرجع ذلك إلى مايحيط النشاط الطبى من صعوبات جمة ، ليس أقلها أن محل هذا النشاط هو الإنسان ذاته ، بل هو أهمها ومبعثها ، فضلا عن حلقة المسئوليات المتعددة التى تحيط بهذا النشاط ، فالطبيب المعالج أو الجراح يسأل عن خطئه الشخصى ، ويسأل عن خطأ تابعيه ، وعن خطأ من يحل محله ، وعن الحوادث الناشئة عن الأدوات التى يستخدمها ، بل وقد يسأل مع غيره عن الخطأ الذى يقع داخل الفريق الجراحى .

وخطأ الطبيب وارد لامحالة ، ولكن هل يمكن أن يحاصر الطبيب بهذا الكم الهائل من المسئوليات ، ثم ننتظر منه أن يمارس عمله على نحو طبيعى ؟ . لاشك فى تعذر الرد بالإيجاب عن هذا التساؤل .

ولذلك ، فإنه لايسعنا إلا أن نقرر مع البعض (١) ، أنه إذا اعتبرنا الطبيب مسئولاً فى كل مرة لايتم فيها شفاء المريض ، فإننا بذلك نسئ إلى مهنة الطب ذاتها .

ولكن إذا كنا نسلم بتعقد مشكلات المسئولية المدنية فى المجال الطبى ، لما يكتنفها من صعوبات فنية دقيقة ، تستتبع صعوبات قانونية شائكة تتمثل فى صعوبة إثبات هذه المسئولية فى غير قليل من الحالات ، وصعوبة تكييف بعض صور السلوك التى تصدر عن الطبيب تكييفاً قانونياً معيناً نستعين به على تقرير مسئوليته أو استبعادها ، وإذا كنا نسلم كذلك بقداسة مهنة الطب وضرورة التسليم للأطباء بكل حرية وتقدير فى عملهم الإنسانى ، إلا أنه لايجوز لنا فى الوقت ذاته إغفال جانب المريض .

فالمريض فى نهاية المطاف هو الضحية ، ولايجديه كثيرا الخوض فى غمار مسئولية الطبيب ومشكلاتها ، والذى يعنيه فقط هو أن يصل إليه حقه فى التعويض عما ألم به من أضرار .

وبنظرة واقعية على المنازعات التى تثور بين المرضى والأطباء نرى عدداً مذهلاً من دعاوى المسئولية التى تهدد الأطباء ، وفى ذات الوقت لاتثمر للمرضى التعويضات التى يرونها كافية لجبر أضرارهم .

من هنا تتبدى أهمية وجود نظام تعويض تتلاشى فى ظله فكرة المسئولية الفردية ، ويوجه المضرور نحو ذمة جماعية مليئة ، وهو مايتمثل فى نظام التأمين من المسئولية .

---

(1) B. Markesinis : " La preversion des nations de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance " R.G.A.T. 1983, no.2, avr. juin, p. 310 .

ومبعث هذه الأهمية هو أن تزايد حالات المسئولية الطبية يستلزم الإنصراف عن تلك العلاقة الضيقة بين الطبيب والمريض نحو نظام التأمين من المسئولية الذى يحقق كثيراً من التوازن المفقود والمنشود بين المرضى من جانب والأطباء من جانب آخر، ولعل تلك الأهمية هى التى حدت بالفقه الفرنسى [1]، إلى المناداة منذ وقت مبكر بضرورة الأخذ بفكرة التأمين من المسئولية الطبية .

٢- أسباب اختيار موضوع البحث :

لم تدعنا إلى دراسة هذا الموضوع أهميته - السابق بيانها - فحسب ، وإنما جذبنا إلى ذلك أيضاً أنه لم يحظ - على تلك الأهمية - بتنظيم تشريعى من جانب المشرع المصرى ، كما أن المشرع الفرنسى لم يضع له تنظيماً عاماً ، وإن كان قد فرض التأمين من المسئولية بخصوص بعض صور النشاط الطبى ، وهو ما يثير الإنتباه إلى قناعة هذا المشرع - وإن كانت هذه القناعة لما تزل جزئية - بضرورة إعادة النظر فى القواعد التقليدية للمسئولية فى المجال الطبى ، وأهمية إيجاد وسيلة أكثر فاعلية لتغطية مسئولية الأطباء وكفالة تعويض المرضى .

كما دفعنا إلى بحث هذا الموضوع سعة نطاق النشاط الطبى وغزارة فروعه التى لاتزل فى ازدياد بفضل ثورة العلم ، وهو ما يعنى أن عقود التأمين من المسئولية فى المجال الطبى يصعب وضعها فى قوالب جامدة ، إذ لابد أن تساير هذا التطور ، وهو ما يفتح آفاق البحث القانونى فى تحديد دور عقد التأمين فى تغطية المسئولية المدنية المصاحبة لهذا التطور العلمى .

---

(1)B. Rodet : " La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence actuelle " thèse, Lyon 1937, p. 241 .

ومن الإعتبارات التى يتعذر على المرء أن يتجاهلها ، والتى دفعتنا إلى هذه الدراسة ، تلك الوقائع المأسوية التى استفحلت - بكل أسف - على أيدى عدد ليس بقليل من الأطباء لدينا فى مصر ، سواء ممن يمارسون الطب فى عيادات ومستشفيات خاصة أو المستشفيات الحكومية ، تلك الوقائع التى كشفت فى أحيان كثيرة عن مدى الإستخفاف بحياة الإنسان والإستهانة بقدسيتها ، وهى وقائع أظهر من أن يدلل عليها [1] ، وكثيرا ما ينتهى الأمر – فى أحسن الأحوال – بمنح المريض تعويضاً هزيلاً ، وهو ما يفرض البحث عن وسيلة أخرى – خلاف القواعد التقليدية للمسئولية المدنية – أكثر فاعلية تأخذ على عاتقها تعويض المريض تعويضاً ملائماً .

٣- خطة البحث :

وقد رأينا أن نقطة البدأ فى بحث التأمين من المسئولية فى المجال الطبى يحسن أن تنطلق من عرض المشكلات التى تثيرها أركان هذه المسئولية ، حتى إذا ما تحددت ملامحها ، انتقلنا منها إلى دراسة نطاق الخطر المؤمن منه ، وبعبارة أخرى ، نطاق المسئولية محل الضمان ، ثم دراسة أحكام هذا الضمان من حيث حدوده وتطبيقه .

وإزاء عدم معالجة المشرع المصرى لهذا الموضوع ، رأينا أن تعرض الدراسة إلى التنظيم التشريعى للتأمين الإجبارى من المسئولية عن بعض صور النشاط الطبى فى فرنسا .

وإتماما للفائدة من هذه الدراسة ، كان من اللازم أن نعرض لآليات التعويض المكملة لنظام التأمين من المسئولية فى المجال الطبى ، والتى تبدو أهميتها فى تلك الحالات التى يقصر فيها نظام التأمين عن تغطية المسئولية الطبية ، وبعبارة أخرى ، عندما لايقدم الضمان الكامل للمتضررين من النتائج الضارة التى يمكن أن تنجم عن النشاط الطبى .

---

(١) فهناك العشرات ، بل والمئات ، من التحقيقات الصحفية التى تجريها الصحف والمجلات المصرية فى هذا الشأن من وقت لآخر ، وتكشف النقاب عن تلك الوقائع .

وحتى لا يفوتنا أن نعرف بموضوع هذه الدراسة ، فقد رأينا أن نمهد لها بفصل تمهيدى نعرض فيه لحقيقة التأمين من المسئولية فى المجال الطبى .

وفى ضوء هذا العرض ، فإننا سوف نقسم هذه الدراسة إلى قسمين نمهد لهما بفصل تمهيدى ، وذلك على النحو التالى :

فصل تمهيدى - حقيقة عقد التأمين من المسئولية الطبية .

القسم الأول - فكرة التأمين من المسئولية الطبية .

الباب الأول - محل الضمان (المسئولية الطبية) .

الباب الثانى - أحكام الضمان .

القسم الثانى - التنظيم التشريعى للتأمين من المسئولية الطبية .

الباب الأول - حالات التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية فى فرنسا .

الباب الثانى - آليات التعويض المكملة لنظام التأمين من المسئولية .

الفصل التمهيدى

حقيقة عقد التامين من المسئولية

٤- تقسيـــــم :

نستعرض فى هذا الفصل تعريف عقد التأمين من المسئولية بوجه عام وأقسامه ، ثم نلمح بعد ذلك إلى حكم التأمين من المسئولية فى الفقه الإسلامى .

فتلك إذاً مسألتان هما موضوع البحث فى هذا الفصل التمهيدى ، نفرد لكل منهما مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول : المقصود بعقد التأمين من المسئولية فى المجال الطبى .

المبحث الثانى : حكم عقد التأمين من المسئولية فى الفقه الإسلامى .

المبحث الأول
المقصود بعقد التأمين من المسئولية
فى المجال الطبى

٥- تقسيم :

يقتضى بيان المقصود بعقد التأمين من المسئولية فى المجال الطبى أن نعرض - بوجه عام - لتعريفه ، وتمييزه عما قد يشتبه به (أولاً) ، ثم نتبع ذلك بتحديد أقسام التأمين من المسئولية (ثانياً) .

٦- أولاً : تعريف عقد التأمين من المسئولية :

التأمين من المسئولية [١] ، عقد الهدف منه ضمان المؤمن له ضد رجوع الغير الذى أصابه ضرر يكون المؤمن له مسئولا عن تعويضه . [٢]

---

(١) أول ما ظهر التأمين من المسئولية ظهر كنظام تابع للتأمين البحرى ، حيث أجاز لمجهز السفينة أن يؤمن ضد أخطاء القبطان ، وفى نطاق التأمين البرى كان تابعا ومكملا للتأمين ضد الحريق (انظر : السنهورى : " الوسيط " جـ ٧ ، ط ٣ سنة ١٩٩٠ ، دار النهضة العربية ، رقم ٥٤٥ ، ص ١٣٩١ ، محمد يوسف الزغبى : " عقد التأمين . دراسة مقارنة بين القانون الوضعى والفقه الإسلامى " رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٢ ، ص ١٩ ، كامران حسن الصباغ : " الصفة التعويضية فى تأمين الأضرار . دراسة فى عقد التأمين البرى " رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣

(2) Picard et Besson : " Les assurances terrestres " 5e éd., 1982, no. 174 ; Viney (G.) : " Les obligation, la responsabilité : effets " 1988, no. 356, p. 464 ; Jacob : " Les assurances " 2e éd., 1979, no. 261, p. 249 .

جلال إبرهيم : " التأمين . دراسة مقارنة بين القانون المصرى والقانونين الكويتى والفرنسى " دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٤ ، رقم ٦٥ ، ص ١١٢ ، أبو زيد عبد الباقى : " المبادئ العامة للتأمين " ط ١ ، مكتبة أم القرى ـــ الكويت ، ١٩٨٤ ، ص ٤٤ ؛ حسام الدين الأهوانى " :المبادئ العامة للتأمين " ١٩٩٥ ، ص ٢٧ .

ويعرف البعض التأمين من المسئولية بأنه " تأمين يتم لحساب الغير ـــ أى لحساب من سيتعلق به ـــ يبرم بواسطة المسئول المحتمل ، الذى يدعى لنفسه صفة المؤمن له ، لحساب ضحاياه المستقبلين (انظر : محسن البيه : " حقيقة أزمة المسئولية المدنية ودور تأمين المسئولية " مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، سنة ١٩٩٣ ، ص ٤٧) ونرى عدم الأخذ بهذا التعريف لأن المؤمن له إذ يبرم عقد التأمين ، فإنما يبرمه لحساب نفسه لا لحساب الغير المضرور ، فهو يؤمن مسئوليته من رجوع هذا الأخير عليه ، آية ذلك أنه يبذل وسعه لإحباط دعوى المضرور التى يرفعها ضده ، وإذا كان للمضرور حق مباشر فى مواجهة المؤمن ، فليس لأن العقد مبرم لحسابه ، وإنما لأن العدالة تقتضى ذلك (انظر ـــ لاحقاً ـــ فى أساس الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن ص ٣٢٨) ولذلك يرى البعض أن المضرور فى التأمين من المسئولية وإن كان له حق مباشر فى مواجهة مؤمن المسئولية ، بما يجعل هذا النظام قريبا من نظام الإشتراط لمصلحة الغير ، إلا أنه ينبغى عدم الخلط بينهما ، فكل ما هنالك أن كلا منهما يعتبر استثناء على مبدأ الأثر النسبى للعقد . انظر :

C. LARROUMET : " Droit civil . les obligations, le contrat " t. 3, 3éd., 1996, no. 83, p. 77

فالمؤمن فى هذا العقد لا يعوض الأضرار التى أصابت الغير المضرور ، وإنما يعوض الأضرار التى أصابت الذمة المالية للمؤمن له نتيجة التزامه بدفع التعويض للمضرور . (١)

ولا يقتصر التزام المؤمن وفقا لهذا التعريف - كما قد يبدو - على مبلغ التعويض الذى قد يلتزم به المؤمن له فى مواجهة المضرور، بل يشمل كذلك كافة مصروفات دعوى المسئولية التى قضى عليه فيها ، ولو كانت هذه الدعوى غير ذات أساس . (٢)

ولما كان التأمين - بوجه عام - ينقسم إلى تقسيمات عديدة (٣) ، فإن التأمين من المسئولية يندرج تحت أحد هذه التقسيمات وهو التأمين من الأضرار، ولذلك فهو يخضع للمبدأ التعويضى الذى يميز هذا النوع من التأمين ، ويرتبط - من ثم - بوقوع الضرر، فحيث تحقق هذا الأخير قام التزام المؤمن بتعويض المؤمن له بمقدار ما أصابه من ضرر فى حدود مبلغ التأمين .

---

(1) Jacob : op. cit., no. 261, p. 249 .

جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ٦٥ ، ص ١١٢ ؛ حسام الأهوانى : المرجع السابق ، ص ٢٧ ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ٤٤ ، حمدى عبد الرحمن وحسن أبو النجا : " مذكرات فى عقد التأمين " دار النهضة العربية ، سنة ، ص ٢٣ .

(2) Picard et Besson : op. cit., no.174 .

محمود جمال الدين زكى : " مشكلات المسئولية المدنية " جـ ٢ ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٠ ، رقم ١٦٩ ، ص ٢٣١ .

(٣) ينقسم التأمين ، بوجه عام ، إلى عدة تقسيمات بحسب اعتبار التقسيم

أ- فمن حيث الشكل : ينقسم إلى تأمين تعاونى وتأمين بقسط ثابت ، والأول هو الذى يتولاه مجموع المؤمن لهم بلا وسيط يبحث عن الربح ، فهو تأمين بين مجموعة أشخاص تجمعهم مصالح مشتركة ، ويقوم على التعاون بينهم ، وقسط التأمين الذى يؤدونه يتغير بحسب درجة وقوع الخطر ، أما الثانى فهو يفترض وجود وسيط بين مجموع المؤمن لهم ، هو شركة التأمين ، ويلتزم المؤمن له فى هذا التأمين بأداء قسط ثابت يحدده المؤمن وفقا لقواعد احصائية بصرف النظر عن عدد أو جسامة الحوادث .

ب - من حيث الموضوع : ينقسم التأمين إلى ثلاث أنواع . النوع الأول : تأمين بحرى وتأمين جوى وتأمين برى . ١ ـــ التأمين البحرى: وهو أقدم صور التأمين ظهوراً ، والهدف منه ضمان المخاطر التى تتعرض لها السفينة أو البضائع التى تكون عليها ، ولا يشمل الضمان حياة الأشخاص الموجودين عليها ، فهو تأمين من الأضرار ، ويدخل فى نطاق القانون البحرى ، ويلحق بهذا النوع من التأمين نوع آخر هو التأمين النهرى ، وهو يضمن مخاطر النقل فى مياه الترع والأنهار . ٢ ـــ التأمين الجوى : وهو نوع حديث نسبياً ، محله ضمان مخاطر عمليات النقل الجوى سواء بالنسبة للطائرة أو ما عليها من أمتعة ، ويحكم هذا النوع من التأمين قواعد التأمين البرى مع أخذ الإتفاقات الدولية المتعلقة به فى الإعتبار . ٣ ـــ التأمين البرى : وهو كل ما عدا هذين النوعين من التأمين .

النوع الثانى : التأمين الخاص والتأمين الإجتماعى ، والأول هو الذى يهدف إلى حماية مصلحة خاصة ، كالذى يبرم عقد تأمين على حياته ، أو ضد السرقة ، أو من مسئوليته. أما الثانى فهو الذى يهدف إلى تقرير حماية مصالح الطبقة العاملة التى تعتمد فى معيشتها على عملها ، فيواجه هذا التأمين حالات البطالة أو العجز أو الشيخوخة ، فهذه كلها مخاطر تهدد الشخص بانقطاع مصدر رزقه .

وإذا كان التأمين من الأضرار ينقسم إلى تأمين من المسئولية وتأمين على الأشياء ، فإن الأول يتميز عن الثانى بأنه يفترض دائما وجود ثلاثة أشخاص هم المؤمن والمؤمن له والمضرور من فعل المؤمن له .(١)

وعلى ذلك يمكن القول إن التأمين من المسئولية الطبية عقد يضمن مسئولية الطبيب - المؤمن له - من رجوع المريض الذى أصابه ضرر يكون الطبيب مسئولا عن تعويضه .

٧- التمييز بين التأمين من المسئولية وما قد يشتبه به :

قد يلتبس بالتأمين من المسئولية ، من ناحية ، نظام آخر هو الإعفاء من المسئولية أو شرط عدم المسئولية ، وهو ما يتفق عليه بين الدائن والمدين ، ومن ناحية أخرى ، وللطبيعة الخاصة للتأمين من المسئولية فى المجال الطبى حيث تتعلق بالأضرار الجسدية ، فقد يختلط بهذا العقد صورة أخرى من صور التأمين التى تندرج تحت تأمين الأشخاص ، وهى التأمين ضد الإصابات ، ونتناول فيما يلى التمييز بين التأمين من المسئولية وبين كل من الإعفاء من المسئولية ، وتأمين الإصابات .

- النوع الثالث : تأمين الأشخاص وتأمين الأضرار : وهو أهم تقسيمات التأمين ، والأول ــ تأمين الأشخاص ــ يتعلق بتغطية المخاطر والوقائع المتصلة بشخص المؤمن عليه ذاته كالحياة والموت والعجز والميلاد والزواج وغير ذلك ، ويلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين ولو لم يترتب على تحقق الخطر المؤمن منه أى ضرر . أما الثانى ــ تأمين الأضرار ــ فيهدف إلى تعويض المؤمن له عما يصيب ذمته المالية من ضرر عند تحقق الخطر المؤمن منه ، ولا يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له إلا فى حدود الضرر الذى أصابه ، فالتعويض فى هذا النوع من التأمين يرتبط بالضرر وجودا وعدما ومقدارا . وينقسم تأمين الأضرار إلى قسمين أساسيين : أ ــ التأمين على الأشياء ، وهو يهدف إلى تعويض المؤمن له عن الخسائر التى تصيب ذمته المالية نتيجة الأضرار التى تصيب أمواله ، ومن أمثلته التأمين ضد السرقة أو الحريق . ب ــ التأمين من المسئولية : وهو محل دراستنا ، ومن أنواعه التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات ، والتأمين من المسئولية المهنية .

انظر فى تقسيمات التأمين : السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٥٦٥ ، ص ١٤٦٢ وما بعدها ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٩٤ وما بعدها ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ٣٣ وما بعدها ، حسام الأهوانى : المرجع السابق ، ص ٢١ وما بعدها ، أحمد شرف الدين : " أحكام التأمين . دراسة فى القانون والقضاء المقارنين " دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٦ .

(1) Picard et Besson : op. cit., no. 174, p. 287 .

جلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ١١٣ .

(١) التأمين من المسئولية والإعفاء من المسئولية :

التأمين من المسئولية الطبية لا يعنى إعفاء الطبيب من كل مسئولية ، فالتأمين من المسئولية وإن كان يتفق مع الإعفاء منها من بعض الوجوه ، إلا أن هناك اختلافاً بينهما يبدو من وجوه أخرى .

فهما يتفقان من حيث عدم تحمل المسئول - الطبيب - التعويض عن الضرر الذى أصاب الدائن - المريض - نتيجة فعله ، كما يتفقان من حيث عدم جواز التأمين من المسئولية أو الإعفاء منها إذا كان ما صدر عن المدين عمداً أو غشاً .[١]

وعلى الرغم من هذا الإتفاق ، إلا أنهما جد مختلفان ، ويبدو هذا الإختلاف من الناحية الفنية ومن الناحية القانونية على السواء .

فمن الناحية الفنية ، يقوم التأمين من المسئولية على أسس اجتماعية واقتصادية معاً ، مظهرها تعاون جماعة المؤمن لهم ، هدفها تشتيت المخاطر وإذابتها بالمقاصة بينها ، وهذه الظاهرة التعاونية التى تستند إلى قواعد الإحصاء لا وجود لها فى اتفاقات الإعفاء من المسئولية .[٢]

أما من الناحية القانونية ، فتتعدد أوجه الإختلاف ، فمن جهة أولى ، فإن الإعفاء من المسئولية يؤدى إلى إعفاء المسئول نهائيا ، وبالتالى فإن المضرور يفقد حقه فى التعويض[٣] ، أما التأمين من المسئولية ، فعلى العكس من ذلك ، يؤكد المسئولية ويدعمها

---

(١) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٤٥ .

وفى هذا الخصوص تنص المادة ٢١٧ / ٢ من التقنين المدنى على أنه " وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم " .

(٢) سعد واصف : " التأمين من المسئولية . دراسة فى عقد النقل البرى " رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة ١٩٥٨ ، ص ٣٤ .

(٣) وكما يطلق عليه الدكتور سعد واصف فهو — أى الإعفاء من المسئولية — من عقود عدم التعويض لأنه يعدم المسئولية (انظر : سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٣٦) .

بإضافة ذمة جماعية تقف وراء الذمة الفردية للمسئول- الطبيب - وهى شركة التأمين .[1]

ومن جهة ثانية ، فإن الإعفاء من المسئولية لا يجوز إلا فى نطاق المسئولية العقدية [2] ، فى حين أن التأمين من المسئولية يجوز الأخذ به سواء فى نطاق المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية .

ومن جهة ثالثة ، بينما يجوز التأمين من المسئولية عن الخطأ الجسيم للمؤمن له [3] ، فإنه لا يجوز الإعفاء من المسئولية عن الخطأ الجسيم للمدين وفقا لما تقضى به المادة ٢١٧ / ٢ من عدم جواز اشتراط عدم المسئولية عن الغش والخطأ الجسيم .

<u>(٢) التأمين من المسئولية وتأمين الإصابات :</u>

تبدو أهمية هذا التمييز بصفة خاصة فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية - وهو تأمين من الأضرار - بحسبه يتعلق بالأضرار الجسدية التى تصيب المريض ، وهو ما قد يؤدى إلى الخلط بينه وبين تأمين الإصابات الذى يدخل ضمن التأمين على الأشخاص .

فالتأمين من الإصابات نوع من التأمين على الأشخاص يهدف به المؤمن له إلى تأمين نفسه من الحوادث التى تمس تكامله الجسدى وتؤدى إلى إصابته بعجز سواء كان دائماً أو مؤقتاً ، ويلتزم المؤمن فى حالة تحقق الخطر - وهو الإصابة الجسدية للمؤمن له - بأداء مبلغ التأمين إلى المؤمن له أو إلى المستفيد فى حالة وفاة المؤمن له ، كما يلتزم ، فضلاً عن ذلك ، برد مصروفات العلاج أو الأدوية .[4]

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٣٩ ، محمد إبراهيم الدسوقى : " تقدير التعويض بين الخطأ والضرر " مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ٤٩٥ ، حيث يقرر فى ذلك : " أن التأمين لا يلغى المسئولية ولكنه يحولها من عاتق المسئول إلى عاتق المؤمن وهو بذلك يدعم مركز المضرور ولايضعفه ، كما هو الشأن فى شرط عدم المسئولية " .

(٢) وهو ما نصت عليه المادة ٢١٧ / ٣ بقولها " ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع " .

(٣) سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٤) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٥٦٥ ، ص ١٤٦٥ ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ٧٥ ، ص ١٢٤ ، أحمد شرف الدين: المرجع السابق ، ص ٢٦ ، حسام الأهوانى : المرجع السابق ، ص ٢٦ ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ٤٣ .

فمحل التأمين من الإصابات [1] ، فى التأمين ضد المخاطر الطبية هو الإصابة التى تلحق المؤمن له - المريض - من فعل الغير - الطبيب - ، فى حين أن التأمين من المسئولية يضمن الإصابات التى تقع على الغير - المريض - بفعل المؤمن له - الطبيب - . وبعبارة أخرى ، فإن التأمين من المسئولية الطبية لا يرمى إلى تأمين الغير من الإصابات التى تقع عليه بفعل الطبيب المؤمن له ، وإنما يضمن مسئولية هذا الأخير عند رجوع الغير - المريض - الذى أصابه ضرر يكون مسئولاً عن تعويضه . [2]

---

(١) ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة الأخذ ، بل وتعميم نظام تأمين الإصابات ضد المخاطر الطبية ، ووفقا لهذا الرأى يلتزم كل شخص بإبرام عقد التأمين لنفسه ولحساب أسرته (زوجته وأولاده القصر والبالغين دون سن الخامسة والعشرين) ويكون الغرض من ذلك حمايته وأسرته من المخاطر التى قد يتعرض لهاأى منهم نتيجة خضوعه للنشاط الطبى ، ويغطى هذا التأمين الوفاة والأضرار الجسدية الجسيمة دون الأضرار الأدبية ، ويتميز مبلغ التأمين فى هذا النوع من التأمين — كما هى القاعدة بالنسبة لتأمين الأشخاص — بأنه تعويض جزافى لا صلة له بقدر الضرر الذى أصاب المؤمن له ، فالمؤمن يلتزم بأداء مبلغ التأمين المحدد فى العقد ، ويعد ذلك فارق جوهرى بين التأمين من المسئولية الذى يحكمه المبدأ التعويضى ، حيث التعويض على قدر الضرر فى حدود مبلغ التأمين ، وتأمين الإصابات الذى لا وجود فيه لهذا المبدأ .

انظر فى عرض هذه الفكرة :

Claude Delpoux : " Pour une généralisation de l'assurance personnelle des accidents médicaux " Ris., no. 6, juin 1991, p. 35 et s. ; F. du Verdier et G. Valin :" Le risque thérapeutique et son assurance " Con. Méd., 21avr. 1990, p. 1359 ; H. Bouhey et G. Cazac : " L'assurance du risque médical " Con. Méd., 26 sép. 1987, p. 2885 ; G. Cazac : " Indemnisation du risque thérapeutique " Con. Méd. 5 nov. 1977, p. 6375 ; H. Margeat : " Faut-il assurer le risque thérapeutique " R.F.D.C. 1978, no. 2, p. 155 .

وانظر فى مزايا وعيوب هذه الفكرة :

Y. F. Lambert : " Droit du dommage corporel. systèmes d'indemnisation ", 3e éd. 1996, no. 636, p. 725 .

وجدير بالذكر أن هذه الفكرة قد طرحت فى وقت مبكر على يد كل من الأستاذ Crouzon والأستاذ H. Desoille فى عام ١٩٣٠ ، حيث اقترحا نظاما للتأمين يبرمه المريض ضد المخاطر الجراحية l'assurance du malade contre le risque opératoire ، ويقرران فى ذلك " أن هذا التأمين يقدم لأسرة المضرور تعويضاً عما تكبدته من نفقات — غالباً ما تفوق طاقتها — لإجراء العملية الجراحية ، وهو القدر الذى يمكن تعويض الأسرة عنه حيث لايمكن إعادة الوضع إلى ما كان عليه بسبب المخاطر التى وقعت بالفعل " .

انظر فى عرض هذا الإقتراح :

Finon : " Faut et assurance dans la responsabilité civile médicale ", th. Paris, 1972, p. 192 et s.

(٢) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٣٩ ، ص ٢٠٦٧ ، عبد الرشيد مأمون : " التأمين من المسئولية المدنية فى المجال الطبى " دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٦ ، هامش ص ٥٧ .

تتعدد أنواع التأمين من المسئولية ، حيث يمكن أن يؤمن الشخص مسئوليته من حوادث سيارته ، أو مسئوليته عن الحريق ، أو من حوادث النقل ، أو مسئوليته المهنية [(١)] ، والتأمين من المسئولية أيا كان نوعه ينقسم إلى تقسيمين أساسيين ، فهو إما أن يكون تأمين من خطر محدود أو تأمين من خطر غير محدود . [(٢)]

(١) التأمين من المسئولية عن خطر محدود :

وهو التأمين الذى يبرمه المؤمن له ضمانا لمسئوليته عن الضرر الذى يلحق بشئ معين ، ويمكن - بالتالى - تقدير قيمة التعويض سلفا ، وهى عادة ما تكون قيمة هذا الشئ . [(٣)]

ومن أمثلة هذا التأمين ، التأمين من المسئولية عن فقد أو هلاك شئ معين ، ويبرم هذا التأمين ، غالبا ، حائز الشئ كالمودع لديه بالنسبة للشئ المودع لديه ، والمستعير بالنسبة للشئ المعار ، والمستأجر بالنسبة لما قد يصيب العين المؤجرة من حريق أو سرقة [(٤)] ، ففى كل هذه الصور تتحدد قيمة الضمان بقيمة الشئ المؤمن عليه .

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٤٠ ، ص ٢٠٦٩ ، خميس خضر : " العقود المدنية الكبيرة . البيع والإيجار والتأمين " دار النهضة العربية ، ط ١ ، سنة ١٩٧٩ ، رقم ٢٤٣ ، ص ٣٩٦ ، حلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ١١٧ .

(٢) تختلف تعبيرات الفقه فى الإشارة إلى هذا التقسيم ، ومن أمثلة ذلك أن البعض يطلق عليه التأمين ذو الموضوع المحدد والتأمين ذو الموضوع غير المحدد (جمال الدين زكى : المرجع السابق ، ص ٢٣٤) ، والبعض الآخر يطلق عليه التأمين ذو المحل المعين والتأمين ذو المحل غير المعين (حلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ٦٥ ، ص ١١٦) ، والبعض الثالث يطلق عليه التأمين عن خطر محدد والتأمين عن خطر غير محدد (إبراهيم الدسوقى: " التأمين من المسئولية " دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٥ ، ص ٤٢) ، والبعض الرابع يطلق عليه التأمين من خطر معين القيمة والتأمين من خطر غير معين القيمة (محمد حسام محمود لطفى : " الأحكام العامة لعقد التأمين . دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى " ط ٢ ، سنة ١٩٩٠ ، ص ٣٨) .

(3) Jacob : op. cit., no. 174, p. 287 .

جمال الدين زكى : المرجع السابق ، رقم ١٦٩ ، ص ٢٣٤ ؛ حلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ٦٥ ، ص ١١٦ .

(4) Jacob : op. cit., p. 288 .

جمال الدين زكى : المرجع السابق ، ص ٢٣٤ ؛ إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٤٢ .

فالخطر المؤمن منه هنا ، وهو مسئولية المؤمن له عن دين التعويض نتيجة ما يصيب الشئ المؤمن عليه من ضرر ينحصر فى قيمة هذا الأخير ، أى الشئ المؤمن عليه .

(٢) التأمين من المسئولية عن خطر غير محدود :

وهو التأمين الذى يبرمه المؤمن له ضمانا لمسئوليته غير المقدرة أو غير القابلة للتقدير ، وبالتالى فإن قيمة الضمان فى مثل هذا النوع من التأمين لايمكن تقديرها سلفا ، ومن ثم يلتزم المؤمن بتغطية مسئولية المؤمن له أياً كان مقدار التعويض الواجب .[١]

ولكن يلاحظ أنه ليس بالضرورة فى هذا النوع من التأمين أن يكون مبلغ التعويض غير محدد ، فهذا المبلغ يمكن تحديده سلفا ، وبعبارة أخرى ، فإن المؤمن يستطيع ، على الرغم من أن الخطر المؤمن منه غير محدود[٢] ، أن يحدد التزامه بالضمان فى حدود مبلغ معين ، دون أن يعنى ذلك أننا بصدد تأمين عن خطر محدود .

فالمعيار المميز بين هذين التقسيمين هو كون القيمة المؤمن عليها مقدرة أو قابلة للتقدير أم لا ، فيكون التأمين من خطر محدود فى الحالة الأولى ، ويكون من خطر غير محدود فى الحالة الثانية ، ولو كان المؤمن قد وضع حداً أقصى لإلتزامه بالضمان ، فالتحديد يقع هنا على مبلغ التأمين الإتفاقى ، وليس على الخطر المؤمن منه نفسه .[٣]

---

(١) حلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ١١٦ ؛ إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٤٢ ؛ محمد حسام لطفى : المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٢) إذا كان التأمين من خطر غير محدود قد تعرض للنقد استنادا ، من جهة ، إلى أنه يفرض على المؤمن التزاما بمستحيل لأنه يفرض على عاتقه ضمانا غير محدود ، وهو ما يصطدم بالقواعد العامة التى تقضى بأنه لا إلتزام بمستحيل ، ويستتبع ــ بالتالى ــ بطلان العقد ، ومن جهة أخرى ، إلى تعذر تقدير مقدار القسط الذى يتحدد على أساس مبلغ التأمين ، إلا أن هذه الأسانيد لم تسلم من التفنيد ، فالمؤمن لا يلتزم بمستحيل ، لأن مبلغ التأمين ، وهو محل الإلتزام ، وإن كان غير مقدر وقت التعاقد ، إلا أنه قابل للتقدير عند تحقق الخطر المؤمن منه ، وبالتالى لايكون هناك محل للقول ببطلان العقد ، كما أنه ليس من المتعذر تحديد مقدار القسط لأن المؤمن يستطيع دائما أن يضع حدا أقصى لإلتزامه بالضمان ، فى ضوء قواعد الإحصاء ، يمكن تحديد مقدار القسط فى ضوئه (انظر حلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٣٤٨ وما بعدها ، سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٢٧١ وما بعدها .

(٣) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٤٠ ، ص ٢٠٧١ .

ومن أمثلة هذا النوع من التأمين ، التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات ، والتأمين من المسئولية المهنية ، وعلى ذلك فإن التأمين من المسئولية الطبية تأمين من خطر غير محدود حيث لا يمكن سلفاً تحديد مبلغ التعويض الذى يلتزم به المؤمن .

وعلى الرغم من أن التأمين من المسئولية الطبية تأمين من خطر غير محدود ، إلا أنه ليس هناك ما يحول دون أن يضع المؤمن حداً أقصى لمبلغ التأمين الذى يلتزم به فى حالة تحقق مسئولية الطبيب المؤمن له . (١)

وتبدو أهمية هذا التقسيم فى اختلاف الأحكام التى تطبق على كل قسم منهما ، فقاعدة النسبية (٢) ، والتأمين الزائد (٣) ، لا تطبق أحكام أى منهما على التأمين إلا إذا كنا بصدد التأمين من خطر محدود حيث نكون بصدد قيمة مقدرة أو قابلة للتقدير .

---

(1) Finon : op. cit., p. 206 et s.

انظر كذلك : عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٥٧ وما بعدها .

(٢) انظر لاحقاً رقم ١٢٩ ، ص ٢٦٢ وما بعدها .

(٣) انظر لاحقاً رقم ١٣١ ، ص ٢٦٦ وما بعدها .

المبحث الثانى
حكم عقد التأمين من المسئولية
فى الفقه الإسلامى

٩- تمهيد وتقسيم :

قدمنا [١] ، أن التأمين ينقسم من حيث الشكل إلى تأمين بقسط ثابت ، وهو مايعرف بالتأمين التجارى ، وتأمين تبادلى أو تعاونى . ولما كنا نبحث فى عقد التأمين من المسئولية فى المجال الطبى ، وهو أحد أقسام تأمين الأضرار الذى يندرج بدوره تحت أقسام التأمين التجارى ، فإنه يحسن بنا أن نعرض - بإيجاز - لحكم هذا العقد فى الفقه الإسلامى .

ويمكننا القول أن كلمة الفقهاء المحدثين [٢] ، لم تتفق حول شرعية عقد التأمين التجارى - بوجه عام - إذ انقسم الرأى حوله بين مانع له بإطلاق [٣] ، ومجيز له بإطلاق [٤] ، وبينهما إتجاه ثالث يجيز بعض أنواع التأمين دون البعض الآخر . [٥]

---

(١) انظر هامش رقم ٣ ، ص ٩ .

(٢) فنظراً لأن عقد التأمين من العقود المستحدثة ، فإن الفقهاء الأوائل لم يعرضوا لحكمه باستثناء ماأورده الفقيه الحنفى " ابن عابدين " فى حاشية " رد المحتار على الدر المختار " فى فصل استئمان الكافر من باب المستأمن ، جـ ٣ ، ص ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، دار إحياء التراث العربى الطبعة الثانية ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م " وكان ذلك بمناسبة سؤال عن مال " السوكرة " ، وهو ما يقابل التأمين على الأموال ، حيث قال فى ذلك : " إنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربى يدفعون له أجرته ، ويدفعون مالا معلوما لرجل حربى مقيم فى بلاده ، يسمى ذلك المال" سوكرة " على أنه مهما هلك من المال الذى فى المركب ، بحرق أو غرق أو نهب أو غيره ، فذلك الرجل ضامن لـــه ، بمقابلة ما يأخذه منهم ، وله وكيل عنه فى دارنا ، يقيم فى بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان ، يقبض من التجار مال السوكرة ، وإذا هلك من مالهم فى البحر شئ يؤدى ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً. " قال ابن عابدين : " والذى يظهر لى انه لايحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله ، لأن هذا التزام ما لايلزم " .

(٣) من أصحاب هذا الرأى ، الشيخ محمد بخيت المطيعى ، والشيخ عبد الرحمن قراعة ، والشيخ محمد أبو زهرة .

(٤) من أصحاب هذا الرأى الشيخ عبد الوهاب خلاف ، والأستاذ مصطفى الزرقاء ، والشيخ على الخفيف .

(٥) ويمثل هذا الإتجاه الأستاذ طه السنوسى .

وإذ نتناول حكم عقد التأمين فى الفقه الإسلامى ، فإننا سنلتزم ببيان ذلك فى خصوص التأمين من المسئولية فحسب - إذ هو موضوع دراستنا - دون أن نسهب أو نفصل البحث فيما وراء ذلك مما يكون محلا لدراسات وبحوث أخرى .

فإذا ماتحدد محل البحث على هذا النحو ، فإنه يتعين القول إن الخلاف حول شرعية عقد التأمين من المسئولية وثيق الصلة بمسألة أخرى غاية فى الأهمية ، وهى موقف الفقه الإسلامى من إنشاء أو استحداث عقود جديدة ، وذلك على اعتبار أن هذا العقد من العقود المستحدثة التى ثار الخلاف حول شرعيتها .

وعلى ذلك ، فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، نتناول فى أولها مسألة حرية إنشاء العقود فى الفقه الإسلامى ، أما ثانيها فنبحثه تحت عنوان عقد التأمين بين الحظر والإباحة ، أما ثالث هذه المطالب فنعرض فيه لتنظيم عقد التأمين وفقا لمقاصد الشريعة .

المطلب الأول
حرية إنشاء العقود فى الفقه الإسلامى

١٠- تمهيـــد :

يتحدد نطاق البحث فى هذه المسألة بالإجابة عن التساؤل التالى ، ماهو الأصل فى العقود ؟ هل الأصل فيها الإباحة ؟ وهو مايعنى أن العقود المباحة شرعا قد وردت على سبيل المثال ، ومن ثم تملك الإرادة أن تستحدث عقودا غيرها ؟

أم أن الأصل فى العقود هو الحظر ؟ ومن ثم يكون المباح منها هو ماورد به الشرع ، ولايجوز من ثم استحداث عقود بخلافها ؟ .

وتتعلق هذه المسألة بمبدأ سلطان الإرادة ، أو حرية التعاقد بوجه عام ، فالقول بأن الأصل هو إباحة التعاقد يفسح مجالاً رحباً لهذا المبدأ ، بعكس مالو قلنا بأن الأصل هو حظر التعاقد فإنه يحد من نطاق هذا المبدأ .

وتظهر أهمية هذه المسألة فى الوقوف على حكم العقود المستحدثة - ومنها عقد التأمين - وقد أتسع اجتهاد الفقهاء حولها تبعاً لاجتهادهم فى نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها ، وكان من ثمرة هذا الإجتهاد أن برز اتجاهان فى الفقه الإسلامى ، أحدهما يذهب إلى أن الأصل هو حرية التعاقد ، ويمثله ابن تيمية الفقيه الحنبلى ، وثانيهما يذهب إلى أن الأصل هو حظر التعاقد ، ويمثله الفقيه ابن حزم الظاهرى ، وهو ما سنبينه فيما يلى :

١١- الإتجاه الأول : الأصل فى العقود الصحة والجواز (إتجاه ابن تيمية) :

وقد استدل " ابن تيمية " على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والإعتبار والآثار .[١]

فمن الكتاب : استشهد بالعديد من الآيات الكريمة ، كقوله تعالى " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً "[٢]، وقوله تعالى " والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون "[٣]، وقوله تعالى " الذين يوفون بعهد الله ولاينقضون الميثاق " .[٤]

فالأصل الذى تقرره هذه النصوص هو الإباحة ، والمنع هو الإستثناء .[٥]

ومن ذلك أيضا قوله تعالى " وقد فصل لكم ما حرم عليكم "[٦] ، فما لم يفصل ويبين تحريمه من الأشياء بنص أو دليل خاص به ، فهو حلال ، لأن هذا النص يفيد أن الأصل فى الأشياء الحل .[٧]

ومن السنة ، ماروى فى الصحيحين عن عبد الله بن عمرو أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا وعد أخلف ، وإذا خاصم فجر " .[٨]

---

(١) القواعد النورانية الفقهية ، لإبن تيمية ، ط ١ ، سنة ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١م ، تحقيق محمد حامد الفقى ، مطبعة السنة المحمدية ، ص ١٩٢ وما بعدها .

(٢) سورة الإسراء ، من الآية ٣٤ .

(٣) سورة المؤمنون ، الآية ٨ .

(٤) سورة الرعد ، الآية ٢٠ .

(٥) مجموع فتاوى ابن تيمية ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، جـ ٢٩ ، ص ١٤٧ .

(٦) سورة الأنعام ، من الآية ١١٩ .

(٧) مجموع الفتاوى ، جـ ٢٩ ، ص ١٥٠ .

(٨) أخرجه البخارى ، كتاب الإيمان ، باب علامة المنافق ، جـ ١ ، ص ٢١ ، حديث رقم ٣٣ ، ضبط وترقيم مصطفى ديب البغا ، أخرجه مسلم ، كتاب الإيمان ، باب خصال المنافق ، جـ ١ ، ص ٧٨ ، حديث رقم ١٠٦ ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى واللفظ للبخارى ، وفى لفظ مسلم ذكر " أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من النفاق حتى يدعها ... الحديث" .

ومن ذلك أيضا ، ماورد فى صحيح مسلم [1] ، عن ابن عمر أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا جمع الله الأولين والآخرين يوم القيامة ، يرفع لكل غادر لواء ، فقيل هذه غدرة فلان بن فلان " .

ومن ذلك أيضا ، ماورد فى الصحيحين [2] ، عن عقبة بن عامر أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إن أحق الشروط أن توفوا به مااستحللتم به الفروج " .

فهذه النصوص جميعاً من الكتاب والسنة قد جاءت بالأمر بالعهود والشروط والمواثيق والعقود ، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك ، والنهى عن الغدر ، ونقض العقود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك . [3]

ومن الآثار ما روى عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – أنه قال : " إن مقاطع الحقوق عن الشروط ، ولك ماشرطت " [4] ، ووجه الإستدلال من ذلك إن أكل المال بغير عوض إن كان عن طيب نفس فهو حلال بنص القرآن ولايدخل فى أكل المال بالباطل ، وأن الأصل فى العقود والشروط الإباحة إذا كانت برضا المتعاقدين ، إلا مادل دليل على منعه . [5]

ويقرر " ابن تيمية " ، بعد ما أورد النصوص المتقدمة جميعاً ، أنه لو كان الأصل فى العقود الحظر والفساد إلا ماأباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً ، ويذم من نقضها وغدر مطلقاً ، وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به علم أن الأصل صحة العقود

---

(١) أخرجه مسلم ، كتاب الجهاد والسير ، باب تحريم الغدر ، جـ ٣ ، ، ص ١٣٥٩ حديث رقم ١٧٣٥ .

(٢) أخرجه البخارى ، كتاب الشروط ، باب الشروط فى المهر عند عقدة النكاح ، جـ ٢ ، ص ٩٧٠ حديث رقم ٢٥٧٢ ، أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب الوفاء بالشروط فى النكاح ، جـ ٢ ، ص ١٠٣٥ ، حديث رقم ١٤١٨ ، واللفظ له .

(٣) القواعد النورانية ، لابن تيمية ، ص ١٩٧ .

(٤) أعلام الموقعين عن رب العالمين ، لإبن القيم الجوزية ، جـ ٣ ، ص ٣٣٨ ، وقد ورد هذا القول عن عمر رضى الله عنه بخصوص واقعة عرضت عليه ، تتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج ، من أن رجلا شرط لزوجته أن تكون سكناها فى دارها ، ولما أراد أن ينقلها إلى بيته رفضت ، وطلبت إليه الوفاء بما اشترط على نفسه ، ولما عرض الأمر على عمر – رضى الله عنه – قال لها شرطها ، فقال الرجل : إذا يطلقنا ، فقال له عمر : " مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولك ما شرطت " .

(٥) محمد خاطر : جهاد فى رفع بلوى الربا ، جـ ١ ، د.ت ، ص ٢١٢ ومابعدها .

والشروط ، إذ لامعنى للتصحيح إلا ماترتب عليه أثره وحصل به مقصوده ، ومقصود العقد هو الوفاء به ، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على الأصل فيها هو الصحة والإباحة [1].

ويستشهد " ابن تيمية " أخيراً على رأيه بالإعتبار ، وهو من وجوه ثلاث . [2]

الأول : أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم ، وقوله تعالى " وقد فصل لكم ما حرم عليكم " [3] ، عام في الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة وكانت صحيحة .

يدل على ذلك من السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم " إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها " . [4]

الثاني : أنه ليس في الشرع مايدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا مايثبت حله بعينه . وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم ، فيثبت بالإستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم ، فيكون فعلها إما حلالاً ، وإما عفواً كالأعيان التي لم تحرم ، فإذا حرمنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي ، كنا محرمين لما لم يحرمه الله . [5]

---

(١) القواعد النورانية ، ص ١٩٧ .

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ ٢٩ ، ص ١٥٠ وما بعدها .

(٣) سورة الأنعام من الآية ١١٩ .

(٤) أخرجه الدارقطني ، انظر الأربعين النووية للإمام النووي (الإمام محي الدين يحي بن شرف النووي) تحقيق ابو حذيفه بن محمد ، دار الصحابة للتراث ، ص ٧٧ وما بعدها .

(٥) القواعد النورانية ، ص ٢٠٠ وما بعدها .

الثالث : أن الأصل فى العقود رضا المتعاقدين ، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد لأن الله تعالى يقول فى كتابه العزيز " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " .[1]

فعلق- تعالى - جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على أنه سبب له ، فالله تعالى لم يشترط فى التجارة إلا التراضى ، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة ، وإذا كان كذلك ، فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن ، ألا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة فى الخمر ونحو ذلك .[2]

وهكذا فقد أورد الأمام " ابن تيمية " الأدلة على رأيه من الكتاب والسنة والأثار والإعتبار ، وكلها تقطع فى أن الأصل فى العقود الصحة والجواز إلا ما استثنى بنص .

١٢ - الإتجاه الثانى : الأصل فى العقود الحظر (إتجاه ابن حزم الظاهرى) :

وقد استدل " ابن حزم " على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

فمن الكتاب : قوله تعالى " ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون "[3] ، ووجه الإستدلال من هذه الآية الكريمة أن الله تعالى أخبر بظلم من يتعدى حدوده ويجاوز ما شرعه لعباده ، واشتراط الشروط التى لم يرد بها دليل معين تعد لحدود الله تعالى ومجاوزة لشرعه ، وما كان تعديا لحدوده فلا يقر ولا يحل الوفاء به ، ومن قال بصحة شئ من ذلك فحاله كما أخبر الله فى كتابه .[4]

---

(١) سورة النساء ، من الآية ٢٩ .

(٢) القواعد النورانية ، ص ٢٠٣ .

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٢٩ .

(٤) هشام عبد المقصود : " نظرية حرية العقود والشروط ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، بدون تاريخ ، ص ٨٨ وما بعدها.

كما استدل بعموم قوله تعالى " يأيها الدين آمنوا أوفوا بالعقود " ، ووجه استدلاله به ، أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود عامة ، فلو أجزنا كل عقد للزم الوفاء به بمقتضى هذا النص ، فيؤدى إلى الإلتزام بما هو محرم ، وهو مالايجوز المصير إليه بحال (1)

ومن السنة ماروته السيدة عائشة - رضى الله عنها - عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " (2) ، ويقول ابن حزم فى استدلاله بهذا الحديث " فصح ان العقود التى أمر الله تعالى بها إنما هى المنصوص عليها بأسمائها ، وأن كل ما عداها فحرام عقده " (3) ، ويرتب على ذلك أن " شروط المسلمين ليست كل شرط بلا خلاف ، بل إنما هى الشروط المأمور بها ، أو المباحة بأسمائها ، فى القرآن وصحيح السنن " . (4)

---

(١) محمد فتحى الدرينى : " الفقه الإسلامى المقارن مع المذاهب " ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م ، ط ٢ ، ص ٥٩٨ .

(٢) أخرجه البخارى ، كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ، جـ ٢ ، ص ٩٥٩ حديث رقم ٢٥٥٠ ، أخرجه مسلم ، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور ، جـ ٣ ، ص ١٣٤٣ ، حديث رقم ١٧١٨ ، سنن أبى داود ، كتاب السنة ، باب لزوم السنة ، جـ ٥ ، ص ١٢ ، حديث رقم ٤٦٠٦ ، رقم أحاديثه بدر الدين حيتين آر ، سنن ابن ماجة ، كتاب المقدمة ، باب تعظيم حديث رسول الله والتغليظ على من عارضه ، جـ ١ ، ص ٧ حديث رقم ١٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى .

(٣) المحلى لابن حزم ، جـ ٧ ص ٣٤ ، كتاب الجعل ، مسألة رقم ١٣٢٧ فى الفرق بين مايلزم من العقود وما لايلزم ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٩٨٨ ، تحقيق عبد الغفار سليمان البندارى . وقد ورد فى " فتح البارى بشرح صحيح البخارى " أن هذا الحديث يحتج به فى إبطال جميع العقود المنهية وعدم وجود ثمراتها ، وفيه كذلك رد المحدثات وأن النهى يقتضى الفساد ، لأن المنهيات كلها ليست من أوامر الدين فيجب ردها . انظر : فتح البارى بشرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ، دار المعرفة . جـ ٥ ، ص ٣٠٣ .

كما ورد فى كل من " عون المعبود شرح سنن أبى داود " للعلامة ابى الطيب شمس الحق العظيم آبادى مع شرح الحافظ بن القيم الجوزية ، ضبط وتحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، ج١٢ ، الطبعة الثانية ١٣٨٩ هـ ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، ص ٣٥٨ ، وكذا " شرح سنن ابن ماجة للسندى " للإمام ابى الحسن الحنفى المعروف بالسندى ، الجزء الأول ، دار الجيل بيروت ، ص ١٠٩ وما بعدها ، : " أن فى هذا الحديث بيان أن كل من أتى فى دين الإسلام شيئا لم يكن له سند ظاهر أو خفى ملفوظ أو مستنبط من الكتاب والسنة فهو مردود ، وأن كل شئ نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عقد نكاح وبيع وغيرها من العقود ، فإنه منقوض ومردود "

(٣) المحلى لابن حزم ، جـ ٨ . ص ٤١٢

كما استدل كذلك بحديث عائشة – رضى الله عنها – عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " ما بال أناس يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن اشترط مائة شرط ، شرط الله أحق وأوثق " . (١)

ووجه استدلاله بهذا الحديث الشريف ، أن كل شرط أو عقد لم يرد بمشروعيته بعينه نص فى كتاب الله أو السنة أو الإجماع ، باطل . (٢)

١٣- مناقشة أدلة هذا الإتجاه :

إن ما استدل به الظاهرية من قوله تعالى " ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون "لايفيد فى المسألة محل النزاع ، فالآية بحسب السياق كانت تعقيبا على حكم شرعه الله تعالى ، ومن ثم فهى بيان لحكم من يعتدى على حدود الله التى شرعها ، وهو ما لايمكن الإستدلال به فى خصوص العقود التى لم يرد عن الشارع . سبحانه . دليل خاص بتحريمها أو إباحتها ، إذ لا يكون الأخذ بها – حينئذ – مجاوزة لما شرعه الله تعالى . (٣)

أما استدلالهم بقوله تعالى " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " ، فلا يفيدهم كذلك ، لأن من المقرر أصوليا أن الأصل وجوب العمل بالعام حتى يرد دليل التخصيص ، فلو لم يكن الأصل فى الشروط الإباحة ، لما جاز أن يورد المشرع نص الآية الكريمة بصيغة العموم ، ويوجب الوفاء بالشروط عامة ، وإلا لزم التغرير بالمكلفين ، وهو ما لايتصور وقوعه من المشرع ، فضلاعن الله ورسوله ، فبطل استدلالهم بالآية الكريمة على إثبات أصلهم ، وهو الحظر . (٤)

---

(١) أخرجه البخارى ، كتاب البيوع ، باب البيع والشراء مع النساء ، جـ ٢ ، ص ٧٥٦ ، حديث رقم ٢٠٤٧ .

(٢) الدريني : المرجع السابق ، ص ٥٩٨ .

(٣) هشام عبد المقصود : المرجع السابق ، ص ٨٨ .

(٤) الدريني : المرجع السابق ، ص ٦٣٥ .

وأما استدلالهم بحديث " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " وحديث " من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل " فليس المقصود بذلك - كما يذهبون - قصر المباح من الشروط والعقود على ما جاء به نص من القرآن الكريم والسنة الشريفة ، وإنما يجب أن يؤخذ فى الإعتبار كذلك ما أحالا إليه من أصول تشريعية أخرى كالقياس والمصالح والإستحسان وغيرها، فذلك هو ما يتفق مع منهج القرآن الكريم ذاته فى بيان الأحكام وتشريعها ، حيث جاء على نحو كلى دون تفصيل ، ولأن القول بغير ذلك يوقع الناس فى الحرج ، وهو ما يتنافى مع مقاصد التشريع ذاته .[1]

١٤- خلاصة المناقشة :

يمكن القول إن الإتجاه الأول - إتجاه ابن تيمية - القائل بأن الأصل فى التعاقد الإباحة هو الأولى بالإتباع ، وذلك لقوة أدلته وسلامتها وثبوت ضعف أدلة الإتجاه الثانى .

وعلى ذلك ، فإنه لايحكم على أى عقد مستحدث بالحظر ، إذ يبقى على الأصل العام وهو الإباحة ، ما لم يكن فيه ما يناقض أصلا من أصول الشريعة أو مقاصدها .

وهو ما ينطبق على عقد التأمين ، فإن كانت الشريعة الغراء لم تحظر إنشاء واستحداث العقود - كأصل - إلا أنها توجب اتفاق هذه العقود مع مقاصدها وأصولها ، ولذلك فإنه لايمكن القول بجواز عقد التأمين مطلقا ، وإنما يلزم التحقق من خلوه من المحظورات الشرعية ، وهو ما نبحثه فى المطلب التالى .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٦٣٥ وما بعدها .

المطلب الثانى
عقد التامين بين المنع والإباحة

١٥- تقسيـــم :

يقتضى البحث فى هذا المطلب أن نتناوله فى فرعين متتاليين ، نخصص الأول للمحظورات الشرعية فى عقد التأمين بوجه عام ، ونعرض فى الثانى لقياس بعض الفقهاء المحدثين لعقد التأمين من المسئولية على بعض النظم الشرعية .

الفرع الأول
المحظورات الشرعية فى عقد التامين

١٦ - تمهيـــد :

قدمنا [١] ، أن الفقهاء المحدثين قد اختلفت أقوالهم حول شرعية عقد التأمين بوجه عام ، وكان منشأ هذا الخلاف هو مدى اشتمال هذا العقد على المحظورات الشرعية التى تفسده ، وتتمثل هذه المحظورات فى ثلاث ، وهى الغرر ، والمقامرة ، والربا ، وهو ما نعرض له بشئ من البيان فيما يلى :

١٧- الغرر :

يذهب الرأى المانع للتأمين إلى تحريمه على أساس توافر الغرر والجهالة فيه ، بينما يرى الرأى المبيح له إلى انتفاء الغرر عنه ، وقد استشهد كل فريق على رأيه بما يؤيده ، وهو ما نبينه بعد أن نقف على ماهية الغرر .

---

(١) انظر ما تقدم ، رقم ٩ ، ص ١٧ .

فالغرر [١] فى الإصطلاح هو " الخطر الذى استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك " [٢] ، أو هو " مجهول العاقبة " [٣] ، فكل عقد جهلت عاقبته فيه غرر .

وهو محرم فى الكتاب والسنة والإجماع .

فمن الكتاب وردت العديد من الآيات الكريمة التى تنهى عن الضرر وأكل أموال الناس بالباطل ، ومن ذلك قوله تعالى " يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ".[٤]

فهذه الآية الكريمة يصدق التحريم الوارد فيها على كل العقود ، وأنواع المعاملات ، وسائر التصرفات التى يترتب عليها أكل أموال الناس بالباطل ، ومن هذه بلا شك عقود الغرر. [٥]

ومن السنة وردت أحاديث عديدة تؤكد تحريم الغرر ، ومنها ما رواه الجماعة إلا البخارى [٦] ، عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن

---

(١) الغرر لغة هو الخداع والطمع بالباطل ، يقال غره الشيطان ، يغره بالضم غروراً بالفتح وغروراً بالضم ، أى خدعه وأطمعه بالباطل .
انظر : القاموس المحيط لمجد الدين الفيروزاباذدى ، دار المعرفة ، بيروت ، جـ ٢ ، ص ١٠٠ .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكسانى (علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكسانى الحنفى) ، جـ ٥ ، ص ١٤٧ ، دار الكتب العلمية بيروت .

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ ٢٩ ، ص ٢٢ ، مكتبة ابن تيمية للطباعة ونشر الكتب السلفية .

(٤) سورة النساء من الآية ٢٩ .

(٥) الصديق محمد الأمين الضرير : " الغرر وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة ١٩٦٦ ، ص ٥٤ وما بعدها .

(٦) أخرجه مسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر ، جـ ٣ ، ص ١١٥٣ ، حديث رقم ١٥١٤ ، أخرجه الترمذى ، كتاب البيوع عن رسول الله ، باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر ، جـ ٢ ، ص ٣٤٩ ، حديث رقم ١٢٤٨ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٩٨٣ ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، أخرجه النسائى ، كتاب البيوع ، باب بيع الحصاة ، جـ ٧ ، ص ٢٦٢ ، النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى وحاشية الإمام السندى ، مراجعة الشيخ محمد حسن المسعودى ، أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب فى بيع الغرر ، جـ ٣ ، ص ٦٧٢ ، حديث رقم ٣٣٧٦ ، أخرجه ابن ماجة ، كتاب التجارات ، باب النهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر جـ ٢ ، ص ٧٣٩ ، حديث رقم ٢١٩٤ ، مسند الإمام أحمد ، كتاب باقى مسند المكثرين من الصحابة ، باب مسند أبى هريرة ، جـ ٢ ، ص ٤٩٧ ، حديث رقم ٨٩٠٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، رقم أحاديثه محمد عبد السلام عبد الشافى ، سنن الدارمى ، كتاب البيوع ، باب فى النهى عن بيع الغرر .

بيع الحصاة وعن بيع الغرر [١] ، ومنها كذلك ما رواه الإمام أحمد عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر . [٢]

أما الإجماع على تحريم الغرر فقد حكاه الشوكانى [٣] ، كما نقله القرافى [٤] ، والحكمة من تحريم الغرر هى منع الضرر عن أحد المتعاقدين الذى لايستوفى مايجب له طبقا للعقد مقابل ما أعطاه ، لأن الغرر يمنع استيفاء المعقود عليه ، فيتحقق التفاوت بين العوضين فيضار المتعاقد الذى استحق له [٥] ، ولهذا يقتصر النهى على الغرر فى المعاوضات دون التبرعات ، لأن المتبرع إليه لا يضيره وجود الغرر حيث لم يبذل عوضاً فى مقابل هذا التبرع . [٦]

والغرر المحرم هو الذى يؤدى إلى الجهالة الفاحشة ، ويترتب على ذلك أن الغرر إذا كان يسيرا ، بحيث لا يمكن الإحتراز عنه فى العادة ، فإنه يكون مغتفرا . [٧]

ويكون الغرر فاحشاً إذا كان يفضى إلى النزاع [٨] ، ويكون يسيرا متى كان قليلاً ،

---

(١) ويدخل فى هذا النهى بيع الآبق والمعدوم والمجهول ، وما لايقدر على تسليمه ، وكل هذا بيعه باطل لأنه غرر من غير حاجة . انظـــر : صحيح مسلم ، جـ ٣ ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع غرر ، هامش رقم ٢ ، ص ١١٥٣ .

(٢) مسند الإمام أحمد ، كتاب باقى مسند المكثرين من الصحابة ، باب مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهما ، جـ ٢ ، ص ١٤٤ .

(٣) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكانى ، جـ ٥ ، ص ١٤٧ ، دار الحديث ـــ القاهرة .

(٤) الفروق للقرافى (الإمام العلامة شهاب الدين أبو العباس أحمد ابن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافى ، عالم الكتـــب ، بيروت ، جـ ٢ ، ص ١٥٠ .

(٥) عبد الناصر توفيق العطار: " حكم التأمين فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية " ، مطبعة السعادة ، بدون سنة طبع ، ص ٤٠ .

(٦) عبد الله مبروك النجار : " عقد التأمين ومدى مشروعيته فى الفقه الإسلامى . دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربيـة ، ط ١ ، ســـنة ١٩٩٤ ، ص ١٥٣ وما بعدها .

(٧) يوسف قاسم : " التعامل التجارى فى ميزان الشريعة " دار النهضة العربية ، ط ١ ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٢٥٨ .

(٨) الشيخ على الخفيف : بحثه عن " التأمين " بمجلة الأزهر ، عدد مايو / يونيو ١٩٩٦ ، ص ٤٩ .

وغير مقصود بألا يكون واردا على أصل محل المعاوضة ، أى العوضين أو كلاهما ، وضرورياً . (١)

ويذهب الرأى المانع للتأمين إلى انتفاء الغرر اليسير بهذا التحديد عن عقد التأمين ، لأن الغرر المتحقق فيه غرر فاحش يحيط بالعوضين إحاطة تكاد تكون تامة ، فالمؤمن لايعرف كم سيقبض من مجموع الأقساط قبل أن يتحقق الخطر المؤمن منه ، كما أن مبلغ التأمين لايتحدد فى كثير من الحالات إلا على أساس ما قد ينتج من ضرر ، وهذا الأخير يتعذر تحديده عند التعاقد ، ومثل هذا الوضع يشوب العقد بالجهالة ، وهو ما دعا فقهاء القانون أنفسهم إلى أن يعدوه من العقود الإحتمالية . (٢)

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن الغرر الموجود فى عقد التأمين غرر مقصود يتعلق بأصل العوض ، حيث يتعلق بوجوده ومقداره وأجله ، وهى أمور تتجه إليها الإرادة قصدا . (٣)

وأخيرا ، فإن الغرر الموجود فى عقد التأمين ليس من الغرر الذى تدعو إليه الضرورة لأننا لسنا بصدد معاوضة وردت الأدلة الشرعية بجوازها يقع الناس فى مشقة وحرج إذا منعوا عنها . (٤)

ويذهب الرأى القائل بإباحة عقد التأمين إلى أن الغرر الموجود فيه ليس من شأنه أن يبطله ، فهو من ناحية ، لايؤدى إلى النزاع لأن شركة التأمين تعمل فى ظل قوانين الإحصاء التى تمكنها من حساب احتمالات نسبة تحقق الخطر المؤمن منه ، الأمر الذى ينتفى معه وجود جهالة فى محل العقد (٥) ، وهو ما يؤكده شيوع التعامل بين الناس بهذا

---

(١) النجار : المرجع السابق ، ص ١٤٤ وما بعدها .

(٢) العطار : المرجع السابق ، ص ٢٢٦ .

(٣) حسين حامد : " حكم الشريعة فى عقود التأمين " دار الإعتصام ، ط ١ ، سنة ١٩٧١ ، ص ٨١ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٨٢ .

(٥) محمد إبراهيم الدسوقى : " التأمين من المسئولية " دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٥ ، ص ٥٦ وما بعدها .

العقد ، إذ لو كان ينطوى على غرر يفضى إلى النزاع بينهم لتركوه .[1]

كما يقرر هذا الرأى من ناحية ثانية ، أن الغرر منتف عن عقد التأمين لأن المؤمن له يحصل على الأمان بمجرد إبرام العقد ، ويتحقق له ذلك سواء وقع الخطر المؤمن منه أم لا ، إذ فى الحالة الأولى يلتزم المؤمن بأداء مبلغ التأمين ، وفى الحالة الثانية تظل أمواله وحقوقه سليمة ، وتلك هى ثمرة الأمان الذى حصل عليه بإبرام العقد .[2]

ولم يجد الرأى القائل بالمنع صعوبة فى الرد على ما ذهب إليه المبيحون ، فمن ناحية القول بأن الغرر الموجود فى عقد التأمين لايؤدى إلى النزاع ، يقرر المانعون أن تأدية الغرر إلى النزاع ليس العلة الكاملة للتحريم ، وإنما هناك حكمة أخرى هى منع أكل الأموال بالباطل ، ولذلك فإن وقوع النزاع بشأن بيوع الغرر جزء علة ، وليس علة كاملة ، والحكم يدور مع العلة الكاملة لا مع جزئها وجوداً وعدماً ، ومن ثم لايرتفع المنع بارتفاع النزاع لبقاء ضياع الأموال بسببه .[3]

أما من ناحية انتفاء الغرر لحصول المؤمن له على الأمان بمجرد إبرام العقد ، فيقرر المانعون ردا على ذلك أن العوض الذى تتعهد شركة التأمين ببذله للمؤمن له فى مقابل الأقساط هو مبلغ التأمين وليس الأمان المدعى به ، كما أن هذا الأمان لايمنع الخطر المؤمن منه ، وإنما يعالج آثاره ، فشركة التأمين إذا لاتعطى الأمان ، وإنما تواجه الخطر بعد تحققه .[4]

---

(١) الخفيف : المرجع السابق ، ص ٤٩ .

(٢) مصطفى أحمد الزرقاء : " نظام التأمين . حقيقته والرأى الشرعى فيه " مؤسسة الرسالة ، ط ٢ ، ١٩٨٧ ، ص ٥٠ .

(٣) النجار : المرجع السابق ، ص ١٧٥ .

(٤) المرجع السابق ، ص ١٨٦ وما بعدها .

١٨- الـرهـان :

الرهان - أو المقامرة - فى الإصطلاح هو " إلتزام بشرط " [١]، أو هو " اتفاق بين اثنين أو أكثر على أن يدفع أحدهما للآخر مالاً معلقاً على شرط مجهول " . [٢]

وهو محرم فى الشريعة ، بتحريم الميسر الذى هو ضرب من ضروب المقامرة ، وقد ورد هذا التحريم فى الكتاب والسنة والإجماع .

فمن الكتاب قوله تعالى " يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلك تفلحون " [٣]، ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن كل ما قومر به فهو ميسر . [٤]

ومن السنة ما رواه الإمام أحمد عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " إن الله حرم الخمر والميسر والكوبة وكل مسكر حرام " . [٥]

أما الإجماع فقد حكاه الجصاص بقوله : " لاخلاف بين أهل العلم فى تحريم القمار ، وأن المخاطرة أى المراهنة من القمار " . [٦]

---

(١) بدائع الصنائع : جـ ٦ ، ص ٢٠٦ .

(٢) يوسف قاسم : المرجع السابق ، هامش ص ٢٥٩ . وفى نفس المعنى ، رمضان حافظ عبد الرحمن : " موقف الشريعة الإسلامية من الميسر والمسابقات الرياضية " طبعة دار الهدى ، ص ١٥٢ .

(٣) سورة المائدة ، الآية رقم ٩٠ .

(٤) والميسر قمار العرب بالأزلام (والأزلام قداح معروف لدى العرب فى الجاهلية) قال ابن عباس : كان الرجل فى الجاهلية يخاطر الرجل على أهله وماله ، فأيهما قمر صاحبه ذهب بماله وأهله ، فنزلت الآية . وعند مالك وغيره من العلماء أن كل ما قومر به فهو ميسر . انظـر تفسير القرطبى ، جـ ٣ ، ص ٥٢ ، تفسير ابن كثير ، جـ ٢، ص ٩٢ .

(٥) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٨ ، ص ١١٠ ، والكوبة بفتح الكاف وسكون الواو قيل هى الطبل أو العود كما قيل هى نوع من النبيذ .الشوكانى ، نفس الموضع .

(٦) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ، دار الكتاب العربى ، بيروت ، جـ ١ ، ص ٣٨١ .

والحكمة من تحريم الرهان - أو المقامرة - أنه يخل بالمعاوضة التى يعتبرها الشارع ، ذلك أن من شأنه أن يجعل أحد طرفيه خاسراً الغرم كله أو رابحا الغنم كله ، ومن ثم يخل بالتوازن فى حقوق المتعاقدين والتزاماتهما .[1]

ويقرر المانعون للتأمين تحقق معنى المقامرة فيه ، حيث أن المؤمن له إذا أوفى جميع ما التزم به من الأقساط يكون له مبلغ كذا ، وإن مات قبل ذلك يكون لورثته مبلغ كذا ، وهو عين المقامرة حيث لا يكون له ولا للشركة علم بما سيكون من الأمرين على التعيين [2] ، وهو ذات ما يتحقق فى التأمين من المسئولية حيث قد يكسب المؤمن أقساط التأمين بلا مقابل يؤديه إذا لم تتحقق مسئولية المؤمن له ، وقد يدفع هذا الأخير قسطا واحدا ثم تتحقق مسئوليته فيتقاضى مبلغ التأمين ويرفع بذلك عن كاهله تعويضا كان سيلتزم هو به .[3]

ويذهب المبيحون ، على العكس من ذلك ، إلى انتفاء صفة المقامرة عن عقد التأمين ويستندون فى ذلك ، من ناحية ، إلى أن الجانب الجماعى أو الفنى لعقد التأمين ، والذى يمثل علاقة المؤمن بمجموع المؤمن لهم ، ويرتكز على القواعد الإحصائية والأساليب الفنية من شأنه أن ينفى عن العقد صفة الإحتمال والمقامرة .[4]

ومن ناحية ثانية ، إلى اختلاف حقيقة التأمين عن حقيقة المقامرة والرهان ، فالأول جد ويعتمد على أسس علمية ، واحتياط للمستقبل للمؤمن له ، وربح محقق عادة للمؤمن ، أما الثانى فهو لعب ويعتمد على مجرد الحظ ، وتعرض لمتاعب المستقبل .[5]

---

(١) جمال الدين محمد محمود : " سبب الإلتزام وشرعيته فى الفقه الإسلامى . دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ص ٣٥٨ .

(٢) يوسف قاسم : المرجع السابق ، ص ٢٦٢ .

(٣) محمد إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٥١ .

(٤) أحمد شرف الدين : " عقود التأمين وعقود ضمان الإستثمار ، واقعها الحالى ، وحكمها الشرعى " ط سنة ١٩٨٦ ، ص ١٩.

(٥) الضرير : المرجع السابق ، ص ٦٤٩ وما بعدها .

ويرد على ذلك ، من ناحية ، بأن تكاثر عقود التأمين ليس من شأنه أن ينفى عن العقد الصفة غير المشروعة ، فكثرة وقوع الأمر أو ندرته لايؤثر فى مشروعيته أو عدم مشروعيته ، لأن فى مثل هذا القول قلبا للحقائق ومجافاة للمنطق ومنافاة للشرع والقانون .[١]

ومن ناحية ثانية ، بان قيام التأمين على قواعد الإحصاء لاينفى عنه صفة المقامرة ، ودليل ذلك أنه لو نظمت صالات القمار وبيوت الرهان ، بحيث لايضيع فى القمار وقت ولاتقع بين المتقامرين عداوة ، فإن التحريم يبقى والنهى يستمر ، لأن أساس التحريم هو قيام المعاوضة على أساس الإحتمال الذى ينتج عنه خسارة مالية فى جانب ، وربح فى جانب آخر .[٢]

١٩- الربـــا :

الربا فى الإصطلاح [٣] ، هو " الزيادة فى أشياء مخصوصة " [٤] ، أو هو " زيادة مال بلا مقابل فى معاوضة مال بمال آخر " .[٥]

وهو إما ربا نسيئة وهو ما يدخل الزمن عنصرا فيه ، أو ربا فضل وهو زيادة أحد العوضين فى متحد الجنس [٦] ، وكلاهما محرم قليله وكثيره ، وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة والإجماع .

فمن الكتاب قوله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " [٧] ، وقوله تعالى :

---

(١) النجار : المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

(٢) حسين حامد : المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

(٣) وهو فى اللغة بمعنى الزيادة والنماء ، يقال ربا الشئ يربو ، زاد ونما وعلا ، ومنه قوله تعالى " فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربـــت " انظر: مختار الصحاح لزين الدين محمد ابن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ، المتوفى ٦٦٦ هـــ ، مؤسسة الرسالة ، ط سنة ١٩٨٧ ، ٢٣١ .

(٤) المغنى لإبن قدامة (موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المتوفى ٦٣٠ هـــ) ، دار الكتاب العربى ببيروت ســـنة ١٩٨٣، جـــ ٤ ، ص ١٢٢ ، مغنى المحتاج لشمس الدين محمد بن أحمد الشربينى ، مطبعة مصطفى البـــابى الحلـــى ١٣٧٧ هـــــ ، جـــ ٢ ، ص ٢١ .

(٥) يوسف قاسم : المرجع السابق ، ص ١١٣ .

(٦) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٧) سورة البقرة من الآية ٢٧٥ .

" يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ."[1] والآية الأولى صريحة فى تحريم الربا ، أما الثانية ففيها أمر بترك الربا أيا كان قليله وكثيره فى ذلك سواء ، وتهديد بحرب من الله ورسوله لمن لم يمتثل لهذا الأمر .

أما السنة ، فنكتفى منها بحديث ابن مسعود رضى الله عنه[2] ، أنه قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا ومؤكله وشاهديه وكاتبه[3] ، وتحريم الربا صريح فى هذا الحديث لأن اللعنة لا تكون إلا بخصوص أمر محرم .[4]

أما الإجماع فلم يخالف فى تحريمه أحد ، وعلى ذلك إجماع الأمة .[5]

وقد ذهب المانعون للتأمين إلى تحقق الربا فيه ، وذلك من وجوه ، منها أن المؤمن له يدفع قسطاً واحداً أو أقساطاً قليلة ثم يتحقق الخطر المؤمن منه ، فيستوفى مبلغ التأمين كاملا ، وهنا تتحقق الزيادة فى جانبه ، وعلى العكس من ذلك ، قد يؤدى المؤمن له أقساطا كثيرة ، ولايتحقق الخطر المؤمن منه ، فتتحقق الزيادة فى جانب المؤمن ، ومنها كذلك ما تفرضه شركات التأمين من فوائد تأخيرية على المؤمن له الذى يتأخر فى سداد الأقساط ، وكذلك ما تقوم به هذه الشركات من استثمار أموالها فى معاملات ربوية .[6]

---

(١) سورة البقرة ، الآيتان ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

(٢) أخرجه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب لعن آكل الربا ومؤكله ، جـ ٣ ، ص ١٢١٨ ، حديث رقم ١٥٩٧ ، أخرجه الترمذى ، كتاب البيوع عن رسول الله ، باب ما جاء فى أكل الربا ، جـ ٢ ، ص ٣٤٠ ، حديث رقم ١٢٢٣ ، أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب فى آكل الربا وموكله ، جـ ٣ ، ص ٦٢٨ ، حديث رقم ٣٣٣٣ .

(٣) وآكل الربا آخذه ، وإن لم يأكل ، إنما خص بالأكل لأنه أعظم أنواع الإنتفاع ، كما قال تعالى : " إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً ... " ، ومؤكله بهمز ، أى معطيه لمن يأخذه وإن لم يأكل منه ، وشاهديه وكاتبه ، قال النووى : هذا تصريح بتحريم كتابة المبايعة بين المترابيين ، والشهادة عليهما ، وفيه تحريم الإعانة على الباطل . انظر : تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى ، للمباركفورى ، ضبط ومراجعة عبد الرحمن محمود عثمان ،ص ٣٩٦ ، ج٤ ، ط٢ ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ١٨٨٥هـ .

(٤) النجار : المرجع السابق ، ص ٢٤٣ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٢٤٣ .

(٦) فتحى السيد لاشين : " عقد التأمين فى الفقه الإسلامى . دراسة مقارنة لنظمه وأحكامه وفقاً لمبادئ الشريعة " رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣ ، ص ٤٨١ وما بعدها ، عبد السميع المصرى : " التأمين الإسلامى بين النظرية والتطبيق " مطبعة الدعوة الإسلامية ، ط ١، سنة ١٩٨٠ ، ٣٥ .

وقد حاول المجيزون نفى الصفة الربوية عن عقد التأمين ، ويؤكد ذلك فضيلة الشيخ على الخفيف بقوله [1] ، "إن المعاوضة فيه - أى فى التأمين - معاوضة بين نقود تدفع أقساطا للمؤمن ومنفعة هى تحمله تبعة الكارثة وضمانه رفع أضرارها وتخفيف ويلاتها ، وبذلك يكون أحد البدلين منفعة ، وهو ليس من الأصناف الستة ، ولاهما ألحق بها ، وإذا فلا يتحقق معها ربا النساء ، وكذلك لايتحقق معها ربا الفضل لاختلاف جنس البدلين " .

ويقررون كذلك ، بخصوص استثمار شركات التأمين أموالها فى معاملات ربوية ، أنه ينبغى النظر إلى التأمين من حيث هو نظام قانونى دون ما تقوم به شركات التأمين من أعمال وعقود أخرى مشروعة أو ممنوعة ، لأن مثل هذه المعاملات لايقوم عليها التأمين كنظام . [2]

ويقرر المبيحون كذلك ، أنه يجب اغتفار الربا الموجود فى التأمين التجارى ، كما هو مغتفر فى التأمين التعاونى ، فكلاهما تعاون على جبر الأضرار . [3]

ويجيب المانعون على وجهة النظر هذه ، من ناحية ، بأن اعتبار الأجل فى عقد التأمين ، خاصة إضافة أداء المؤمن إلى أجل أو عدم استحقاقه وقت العقد يسمح بجريان الربا فى هذا العقد أيا كانت طبيعة ذلك الأداء متى كان قابلاً للتقدير النقدى ، ولذلك ، فإنه مع التسليم باختلاف جنس أداء المؤمن عن أداء المؤمن له ، مما ينتفى معه ربا الفضل ، إلا أن العقد لايخلو من ربا النسيئة . [4]

---

(١) بحثه فى التأمين ، سابق الإشارة ، ص ٦٠ .

(٢) مصطفى الزرقاء : المرجع السابق ، ص ٥٣ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٧٢ وما بعدها .

(٤) أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص ٢١٠ ، الزغبى : المرجع السابق ، ص ٤٦٢ .

ومن ناحية ثانية ، بأن التفرقة بين التأمين كنظام والتأمين كعقد لا تجدى فى محل النزاع ، لأن المعتبر هو الأول بما تترتب عليه من آثار تنشئ حقوقا والتزامات متبادلة بين طرفيه ، وهو ما لاتقوم له قائمة بغير الربا ، ولايجوز اتخاذ شرعية نظام التأمين من حيث هو فكرة تقوم على التعاون وجبر الضرر ، مبرراً للقول بشرعية عقد التأمين [١] ، وفضلاً عن ذلك ، فإنه ليس بوسع المؤمن له أن يشترط على المؤمن عدم استثمار أمواله فى المعاملات الربوية ، لأن العقد من عقود الإذعان إما أن يقبله كله أو يرده كله . [٢]

ومن ناحية ثالثة ، وأخيرة ، بأنه يتعذر التسليم بأن العقود التى تبرمها شركات التأمين مع المؤمن لهم من قبيل التعاون ، لأن هذه الشركات تبرم تلك العقود بغرض تحقيق أرباح من ورائها ، بخلاف التأمين التعاونى الذى تؤدى فيه الأقساط على سبيل التبرع ، ولذلك فإن من يستحق التعويض ممن أدى الأقساط لا يأخذ هذا التعويض لقاء ما دفع من أقساط ، وإنما بوصفه أحد المستحقين فى المال المتبرع به . [٣]

---

(١) النجار : المرجع السابق ، ص ٢٤٨ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٥٣ .

(٣) حسين حامد : المرجع السابق ، ١٤١ وما بعدها .

الفرع الثانى
قياس عقد التامين من المسئولية
على بعض النظم الشرعية

٢٠- تمهيـــــد :

ذهب البعض إلى قياس عقد التأمين من المسئولية على نظامين من النظم الشرعية ، وهما نظام ولاء الموالاة ، ونظام العاقلة .

ونحن نعرض لهذا الرأى بشئ من البيان فى ضوء الوقوف على حقيقة كل من هذين النظامين .

٢١- التأمين من المسئولية وعقد ولاء الموالاة :

تناول البعض [١] ، عقد الموالاة الشرعى مفصلاً له ومؤصلاً ، مستنتجاً تشابهه مع عقد التأمين من المسئولية ، على أساس تحقق أركانه فى هذا العقد الأخير .

وعقد الموالاة [٢] ، عبارة عن رابطة بين شخصين يتعاقدان على أن يعقل أحدهما جناية الثانى ، بأن يؤدى عنه الدية الواجبة عليه ، فى مقابل أن يرثه إذا مات من غير وارث يخلفه . ويطلق على الأول (مولى الموالاة) ، والثانى (المعقول عنه) ، بشرط أن يكون هذا الأخير مجهول النسب . [٣]

---

(١) أحمد طه السنوسى : " عقد التأمين فى الشريعة الإسلامية . فى ولاء الموالاة فى التشريع الإسلامى وقانون الميراث سنة ١٩٤٣ " ، مجلة الأزهر، سنة ١٩٥٣ ، س ٣٤ ، ع ٦ ، ص ٩٢٦ .

(٢) أخذ بهذا العقد كسبب لإستحقاق الإرث من ائمة الإجتهاد أبو حنيفة وأصحابه ، وخالفهم الجمهور فى ذلك . انظر المبسوط للسرخسى ، مجلد ١٥ ، جـ ٣٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، سنة ١٩٩٣ ، حيث يقول فى ص ٣٨ : " اعلم بأن الولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة ، فصورة ولاء العتاقة أن يعتق الرجل عبدا أو أمة فيصير المعتوق منسوبا إلى المعتق بالولاء ، ويسمى هذا ولاء النعمة وولاء العتاقة ، وبهذا الولاء يرث الأعلى من الأسفل ، ولايرث الأسفل من الأعلى " كما يقول فى ص ٤٣ ــ فى الفصل الذى عقده بعنوان (فصل فى ولاء الموالاة) ــ " اعلم أن عقد الموالاة جائز يستحق به الميراث إذا لم يكن هناك أحد من القرابات ولا مولى العتاقة ، وهو مذهب عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم أجمعين " .

(٣) السنوسى : المرجع السابق ، ص ٩٢٨ .

ويذهب هذا الرأى إلى انطباق أركان هذا العقد على عقد التأمين من المسئولية [(١)] ، فهو ، من ناحية ، عقد بين طرفين أحدهما مولى الموالاة ، ويقابله المؤمن L'assureur ، وثانيهما المعقول عنه ، ويقابله المؤمن له L'assuré .

كما أنه ، من ناحية ثانية ، يتضمن المقابل المالى وهو ما يلتزم مولى الموالاة بدفعه من الدية أو التعويض عن الجناية التى يرتكبها المعقول عنه ، ويقابل ذلك التعويض الذى يلتزم المؤمن بأدائه نتيجة تحقق الخطر المؤمن منه وقيام مسئولية المؤمن له .

ومن ناحية ثالثة ، يتضمن عنصر المقابل المالى الذى يحصل عليه مولى الموالاة ، وهو مال التركة الذى يخلفه المعقول عنه إذا لم يخلفه وارث ، ويقابل ذلك قسط التأمين الذى يؤديه المؤمن له إلى المؤمن .

ومن ناحية رابعة ، وأخيرة ، فإن شرط المصلحة اللازم توافره فى عقد التأمين متحقق كذلك فى عقد الموالاة .

هذه هى خلاصة هذا الرأى ، وهو ما أيده بعض الفقهاء المحدثين [(٢)] ، وإن كان البعض الآخر لم يرصحته ، وأن قياس عقد التأمين من المسئولية على عقد الموالاة قياس مع الفارق ، يستندون فى ذلك إلى أن عقد الموالاة فيه عنصر معنوى مفتقد فى عقد التأمين من المسئولية ، لأن الأول يقوم على معانى الصلة والإفتخار والإعتزاز والتناصر بين مولى الموالاة والمعقول عنه ، بخلاف عقد التأمين فهو مادى بحت لاوجود فيه لمثل هذه المعانى ، فالأول إذا غايته معنوية ، فى حين أن الثانى غايته مادية . [(٣)]

---

(١) المرجع السابق ، ص ٩٣١ .

(٢) مصطفى الزرقاء : المرجع السابق ، ص ٢٩ .

(٣) سعدى أبو حيب : " التأمين بين الحظر والإباحة " ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، سنة ١٩٩١ ، ص ٥٢ ، برهام محمد عطا الله : " التأمين وشريعة الإسلام " مجلة إدارة قضايا الحكومة ، س ٦ ، ع ١ ، يناير / مارس ١٩٦٢ ، ص ٩٦ .

هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية ، فإن طرفى عقد الموالاة كل منهما ينصر الآخر ، ويتحمل عنه ما يترتب عليه من مسئولية ، أما فى عقد التأمين فليس هناك سوى المؤمن الذى يتحمل تعويض النتائج المالية لمسئولية المؤمن له ، دون أن يلتزم هذا الأخير بشئ من ذلك .[١]

٢٢- التأمين من المسئولية ونظام العاقلة :

ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى قياس نظام التأمين من المسئولية على نظام العاقلة ، وفرعوا على ذلك إن شركة التأمين تقوم بدور العاقلة عن المؤمن له ، والتعرف على مدى صحة هذا الرأى يقتضى منا أن نبين أولا حقيقة نظام العاقلة .

العاقلة [٢] ، فى اصطلاح بعض الفقهاء هم الذين يغرمون عن الجانى ثلث الدية [٣] ، فأكثر بسبب جنايته [٤] ، وعند البعض الآخر هم الذين يغرمون عن الجانى الدية فى الخطأ والغرة [٥] ، فى الجنين .[٦]

فالعاقلة إذاً هى التى تتحمل عبء دفع الدية عن الجانى دون أن يكون لها حق الرجوع عليه بما أدته بسبب جنايته .[٧]

---

(١) سعدى أبو حبيب ; المرجع السابق ، ص ٥٣ .

(٢) لغة هم الذين يؤدون الدية عن الجانى فى القتل الخطأ ، والعقل هو الدية ، يقال عقل القتيل ، أعطى ديته ، وعقل عن فلان ، غرم عنه جنايته ، وذلك إذا لزمته دية فأداها عنه . انظر : مختار الصحاح : مادة " عقل " .

(٣) الدية لغة : ودى القاتل القتيل يديه دية إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس (انظر : المصباح المنير ، جـ ٢ ، ص ١٠١٣) ، ويعرفها السرخسى بأنها مال يؤدى فى مقابلة متلف ليس بمال (انظر : المبسوط ، المرجع السابق ، جـ ٢٦ ، ص ٥٩) .

(٤) الفروع لشمس الدين المقدسى أبو عبد الله محمد بن مفلح ، جـ ٣ ، ص ٤٤٦ .

(٥) الغرة شرعاًهى عبد أو أمة تقدر بنصف عشر دية الرجل لو كان الجنين ذكراً ، وعشر دية المرأة لو كان الجنين أنثى . انظر ، أحمد فتحى بهنسى : " الدية فى الشريعة الإسلامية " ، دار الشروق ، ط ٢ ، سنة ١٩٨٢ ، ص ١٤٧ .

(٦) المحلى لابن حزم ، جـ ١١ ، ص ٢٥٩ ، كتاب العواقل ، مسألة رقم ٢١٤٣ فى أقوال العلماء فيمن يتحمل الدية ، ص ٢٥٩ .

(٧) عوض أحمد إدريس : " الدية بين العقوبة والتعويض فى الفقه الإسلامى " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣ ، ص ٣٤٠ .

وأصل وجوب الدية على العاقلة ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فاختصموا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها غرة أو وليدة ، وقضى دية المرأة على عاقلتها .[1]

ويستدل على وجوبها كذلك مما ورد فى مستهل صحيفة رسول الله صلى الله عليه وسلم[2] ، حيث فرضها على عاقلة الجانى ، فقال : " بسم الله الرحمن الرحيم هذا كتاب من محمد النبى صلى الله عليه وسلم بين المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم أنهم أمة واحدة من دون الناس ، المهاجرون من قريش على ربعتهم يتعاقلون بينهم وهم يفدون عانيهم ... إلى قوله صلى الله عليه وسلم : " إن المؤمنين لايتركون مفرحا بينهم أن يعطوه بالمعروف فى فداء أو عقل " .

---

(١) أخرجه البخارى فى كتاب الطب ، باب الكهانة ، جـ ٥ ، ص ٢١٧٢ ، حديث رقم ٥٤٢٧ ، وأخرجه مسلم فى كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات ، باب دية الجنين ووجوب الدية فى قتل الخطأ وشبه العمد ، جـ ٣ ، ص ١٣٠٩ ، حديث رقم ١٦٨١ ، وأخرجه الترمذى فى كتاب الديات عن رسول الله ، باب ما جاء فى دية الجنين ، جـ ٢ ، ص ٤٣٢ ، حديث رقم ١٤٣١ ، وأخرجه النسائى فى باب القسامة ، باب دية جنين المرأة ، جـ ٨ ، ص ٤٦ ، وأخرجه أبو داود فى كتاب الديات ، باب دية الجنين ، جـ ٤ ، ص ٦٩٦ ، حديث رقم ٤٥٦٨ .

(٢) وتمام بنود هذه الصحيفة أو الوثيقة ملخصا : " هذا كتاب من محمد النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ بين المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب ومن تبعهم فلحق بهم ، وجاهد معهم :

ــ أنهم أمة واحدة من دون الناس .

ــ المهاجرون من قريش على ربعتهم يتعاقلون بينهم ، وهم يفدون عانيهم بالمعروف والقسط بين المؤمنين ، وكل قبيلة من الأنصار على ربعتهم يتعاقلون معاقلهم الأولى ، وكل طائفة منهم تفدى عانيها بالمعروف والقسط بين المؤمنين .

ــ وأن المؤمنين لايتركون مفرحا بينهم أن يعطوه بالمعروف فى فداء أو عقل .

ــ وأن المؤمنين المتقين على من بغى منهم ، أو ابتغى دسيعة ــ الدسع الدفع ، والمعنى أى طلب دفع الظلم ــ ظلم أو إثم أو عدوان أو فساد بين المؤمنين .

ــ وأن أيديهم عليه جميعا ، ولو كان ولد أحدهم .

ــ ولايقتل مؤمن مؤمنا فى كافر .

ــ ولاينصر كافرا على مؤمن .

ــ وأن ذمة الله واحدة يجير عليهم أدناهم .

ــ وأن من تبعنا من يهود فإن له النصر والأسوة ، غير مظلومين ولا متناصرين عليهم .

ــ وأن سلم المؤمنين واحدة ، لايسالم مؤمن دون مؤمن فى قتال فى سبيل الله إلا على سواء وعدل بينهم .

ــ وأن المؤمنين يبيئ بعضهم على بعض بما نال دمائهم فى سبيل الله .

وعلة وجوب الدية على العاقلة هى النصرة والتخفيف عن الجانى ، إذ لولا قوته بهم وانتصارهم له لما فرط وجنى ، ولكان أكثر حرصا واحترازا . وقد عبر بعض الفقهاء عن ذلك بقولهم " : العلة - أى فى وجوب الدية على العاقلة - التناصر لاالوراثة " [١] ، وهو ما قرره البعض الآخر بقوله : " إن العقل موضوع التناصر " [٢] ، ومن ناحية أخرى ، فإن تحميل الجانى الدية كلها ، على عظمها ، فيه إجحاف به ، لأنه مخطئ ، والمخطئ معذور على أية حال ، وقد ذكر بعض الفقهاء [٣] ، ذلك بقوله : " لأنه نفس محترمة ولا سبيل إلى الإهدار والخاطئ معذور... فلا وجه فى إيجاب العقوبة عليه ، وفى المال العظيم إجحافه واستئصاله ، فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف " . [٤]

ـــ وأنه لايجير مشرك مالا لقريش وّلانفسا ، ولايحول دونه على مؤمن .

ـــ وأنه من اعتبط مؤمنا قتلا ـــ أى قتله بلا جناية منه ولا جريرة توجب قتله ـــ عن بينة فإنه قود به ، إلا أن يرضى ولى المقتول .

ـــ وأن المؤمنين عليه كافة ، ولايحل لهم إلا قيام عليه .

ـــ وأنه لايحل لمؤمن أن ينصر محدثا ولايؤويه ، وأنه من نصره أو آواه فإن عليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة ، ولايؤخذ منه صرف ولاعدل .

ـــ وأنكم مهما اختلفتم فيه من شئ فإن مرده إلى الله عز وجل وإلى محمد صلى الله عليه وسلم . " انظر " : الرحيق المختوم . بحـــث فى السيرة النبوية " للشيخ صفى الرحمن المباركفورى ، دار الحديث ، سنة ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

(١) شرح الخرشى ، جـ ٨ ، ص ٥٥ .

(٢) الشرح الكبير مع المغنى ، جـ ٩ ، ص ٦٤٤ .

(٣) شرح الزيلعى ، جـ ٦ ، ص ١٧٧ .

(٤) وجدير بالذكر أن تحمل العاقلة الدية عن الجانى خروج عن القاعدة الشرعية العامة : " ألا تزر وازرة وزر أخرى " ، ويبرر البعض هـــذا الإستثناء بالعديد من المبررات الجيدة هى :

ـــ أن فى ترك القاعدة العامة تحقيقا للعدالة والمساواة سواء بين الجناة أو المجنى عليهم ، لأن تطبيق القاعدة العامة يترتب عليه تحمـــل الجـــانى مقدار الدية بحسب مستوى ثرائه ، فكلما زاد ثراؤه كلما تحمل قدرا أكبر من مقدار الدية الواجبة ، وبالتالى حصل المجنى عليه على قدر أكبر من حقه فيها ، وكلما ازداد فقره كلما فقد المجنى عليه قدرا من حقه فى الدية .

ـــ ترك القاعدة العامة إلى الإستثناء هو السبيل الوحيد لضمان وصول الحق فى الدية إلى صاحبه ، لأن مقدار الدية عادة يتجاوز مقدرة الجانى ، وفى تطبيق القاعدة العامة وتحميل الجانى وحده الدية كاملة ، لكان ذلك حائلا دون حصول المجنى عليه على حقه .

ـــ أن الإهمال والخطأ هو ميراث شعور الجانى بالنصرة والقوة من الجماعة ، ولهذا وجب أن تتحمل هذه الجماعة عاقبة هذا الخطأ والإهمال .

ـــ تحميل العاقلة الدية فيه توكيد وتدعيم للتعاون والتناصر بين أفرادها ، وهو من وسائل استمرار الصلة بين أعضائها كلما وجب عليها أداء الدية .

ـــ صون الدماء من الذهاب هدرا ، لأن تطبيق القاعدة العامة قد يترتب عليه عجز الجانى عن أداء الدية ، ومن ثم إهدار دم المجنى عليـــه ، بخلاف الحال فيما لو توزع عبء أدائها على أفراد العاقلة . انظر : عبد القادر عودة : التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى ، دار التراث ، د.ت ، جـ ١ ، رقم ٤٧٢ ، ص ٦٧٤ وما بعدها .

وقد اختلف الفقهاء فى حقيقة العاقلة [1]، وإن كان الإتجاه الذى يستند إليه القائلون بقياس التأمين من المسئولية على نظام العاقلة هو الذى يذهب إلى أن عاقلة الجانى هم أهل مهنته وحرفته .[2]

ووجه القياس أن التأمين فيه تعاون على دفع التعويض الناشئ عن المسئولية ، ونظام العاقلة فيه تعاون على دفع الدية عند ثبوت مسئولية القاتل ، ولا يتعارض مع ذلك أن العاقلة تدفع الدية من غير اتفاق ، فليس هناك ما يمنع من أن تدفعه باتفاق كما هو الحال بين المؤمن والمؤمن له .[3]

وقد أجاب المانعون على هذا القياس بأنه قياس فاسد ، حيث أن الأصل فى تحمل العاقلة للدية هو ما بينها وبين الجانى من الرحم والقرابة التى تدعو إلى النصرة والتعاون ، فى حين أنه لايوجد هناك تعاون حقيقى بين المؤمن والمؤمن له ، ولو وجد فإنه يكون على الإثم لأنه يشترط على هذا الأخير عدم الإعتراف بمسئوليته ، وذلك بخلاف نظام العاقلة ، فإنه تعاون على البر حيث لا يمنع الجانى فيه من الإعتراف بمسئوليته .[4]

---

(١) فذهب فقهاء الحنفية إلى أن العاقلة هم أهل ديوان الجانى إذا كان الجانى من أهل الديوان ، وهم المقاتلة من الرجال الأحرار البالغين العاقلين الذين كتبت أسماؤهم فى الديوان ولهم عطاء من بيت المال (البحر الرائق لابن نجيم الحنفى : جـ ٨ ، ص ٤٥٥ ، دار المعرفة بيروت ، ط٢) ، وذهب الشافعية إلى أن العاقلة هم عشيرة الجانى ، وهو مذهب الحنفية والمالكية فى حالة عدم وجود ديوان للجانى . حاشية قليوبى وعميرة ، وهى حاشية الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للشيخ محيى الدين النووى ، جـ ٤ ، ص ١٥٤ ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى (هم عصبة الجانى إلا الأصل والفرع أى الأب وإن علا والإبن وإن سفل) ، وذهب الحنابلة إلى أن عاقلة الجانى هم عصبته نسبا وولاء . كشاف القناع للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ، تحقيق إبراهيم احمد عبد الحمين ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، ط٢ ١٤١٨ هـ ، ١٩٩٧ م ، جـ ٨ ، ص ٢٩٦٤ .

(٢) البحر الرائق ، جـ ٨ ، ص ٤٥٦ ، حيث أورد قوله (ولهذا قالوا لو كانوا اليوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة) .

(٣) مصطفى الزرقا : المرجع السابق ، ص ٩٢ .

(٤) عبد الفتاح محمود إدريس : " قضايا طبية من منظور إسلامى . بحث فقهى مقارن " ط ١ ، سنة ١٩٩٣ ، ص ٨١ ، أحمد شرف الدين :المرجع السابق ، ص ١١٩ ، النجار : المرجع السابق ، ص ٢٨٦ وما بعدها .

ويقرر هؤلاء [١] ، أنه إذا صح القول بأن عاقلة الجانى هم أهل مهنته وحرفته ، فإنه يمكن لنقابة الأطباء أن تقوم بدور العاقلة ، وذلك لما يقوم عليه هذا النظام من التناصر ، ونقابة الأطباء هى الجهة التى يتبعها الطبيب بحكم عمله ، يخضع لأحكامها ، وتتولى مراقبة أعماله ، وتمثيله والدفاع عن مصالحه ، وتقدم له أوجه الحماية والرعاية اللازمة ، فيكون أعضاؤها أهل نصرة فيما بينهم ، فيصح أن يعقل بعضهم عن بعض ، وهو ما يصدق فيه قول ابن عابدين : " إن العاقلة يتحملون باعتبار تقصيرهم ، وتركهم حفظه ومراقبته - أى الجانى - ، وخصوا بذلك لأنه إنما قصر لقوته بأنصاره ، فكانوا هم المقصرين " . [٢]

---

(١) عبد الفتاح إدريس : المرجع السابق ، ص ٧٤ .

(٢) رد المحتار ، جـ ٥ ، ص ٤١٠ .

المطلب الثالث
تنظيم عقد التأمين وفقا لمقاصد الشريعة

٢٣- تمهيد وتقسيم :

قدمنا [١] ، أن فكرة التأمين فى حد ذاتها ليست محظورة شرعا ، وفقا لما ذهب إليه الرأى الراجح فى الفقه من أن الأصل فى العقود الإباحة ، وهو ما عبر عنه البعض بقوله إن الأمن مطلب فطرى ، وطالب الأمن ما تعدى . [٢]

وينبنى على ذلك أنه يمكن الإحتفاظ بعقد التأمين فى مضمونه ، والإستفادة بكل مزاياه ، مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامى ، وذلك بإبعاد الوسيط الذى يسعى إلى الربح دائما ، وهو شركة التأمين ، وهو ما يتحقق عن طريق التأمين التعاونى أو التبادلى . [٣]

ولإيضاح ذلك ، فإننا نعرض بإيجاز [٤] ، لفكرة التأمين التبادلى أو التعاونى [٥] ، من خلال التعريف بهذا النوع من التأمين ، وبيان حكمه فى الفقه الإسلامى ، وتحديد مدى الدور الذى يمكن أن تقوم به الدولة فى هذا التأمين .

ويقتضى ذلك تقسيم البحث فى هذا المطلب إلى فرعين ، نعرض فى الأول لماهية التأمين التعاونى ، ونتناول فى الثانى دور الدولة فيه .

---

(١) انظر ما تقدم رقم ١٤ ، ص ٢٦ .

(٢) عيسى عبده : " التأمين بين الحل والتحريم " ، ط ١ ، سنة ١٩٧٨ ، انظر غلاف البحث .

(٣) الزغبى : المرجع السابق ، ص ٤٨١ .

(٤) حيث أنها حظيت بدراسة مستفيضة من العديد من الباحثين ، فضلا عن أنها ليست محل دراستنا، انظر على سبيل المثال ، الزغبى: المرجع السابق ، رجب عبد التواب سليمان الكدوانى " : نظرية التأمين التعاونى . دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى" رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٦ .

(٥) يطلق على هذا النوع من التأمين وصف التبادلى أو التعاونى ، فهو تبادلى لوجود تعهدات متقابلة متبادلة بين هيئة المؤمن لهم ، وهم يشكلون فى ذات الوقت المؤمن ، على تغطية المخاطر التى تتحقق بالنسبة لأى منهم ، وهو تعاونى أيضا لأنه يقوم على نية التبرع دون استهداف تحقيق أى ربح ، ومن ثم فهو يعد نموذجا للتعاون على تشتيت المخاطر التى تثور بخصوص فئة أو مجموعة تتعرض لذات النوع من هذه المخاطر .

الفرع الأول
ماهية التأمين التبادلى

٢٤- التعريف بالتأمين التبادلى :

يقوم هذا النوع من التأمين على اتفاق مجموعة من الأشخاص ممن يتعرضون لمخاطر واحدة - كالأطباء الذين يواجهون خطر تحقق مسئوليتهم المدنية - على جبر الضرر الذى يصيب أحدهم عند تحقق خطر معين ، وذلك من مجموع أقساط أو اشتراكات غير ثابتة يلتزم كل منهم بأدائها ، بحيث يكون كل منهم مؤمنا ومؤمنا له فى ذات الوقت ، وعلى أساس توافر نية التبرع والتضامن لديهم جميعا .(١)

ويمكن أن نستخلص من هذا التعريف الخصائص المميزة لهذا النوع من التأمين ، والتى تميزه عن التأمين التجارى ، وهى :

١ - من حيث الأساس الذى يقوم عليه :

يقوم هذا التأمين أساساً على فكرة التضامن بين الأعضاء المشتركين ، فالموسر منهم يتحمل نصيب المعسر ، وهو ما لاوجود له فى التأمين بقسط ثابت ، حيث يلتزم المؤمن وحده بأداء مبلغ التعويض عند تحقق الخطر المؤمن منه .(٢)

ولما كان التضامن الذى يقوم عليه هذا النوع من التأمين قد يؤدى إلى الإحجام عن الإشتراك فيه ، فإن الهيئات القائمة عليه تعمد ، من جهة ، إلى وضع حد أقصى للإشتراكات

---

(١) الزغبى : المرجع السابق ، ص ٤٨٤ ، فتحى السيد لاشين : المرجع السابق ، ص ٩ ، محمد زكى السيد " : نظرية التأمين فى الفقه الإسلامى . دراسة مقارنة للتأمين فكراً وتطبيقاً " دار المنار للنشر والتوزيع ، ط ١ ، سنة ١٩٨٦ ، ص ٢٣٠ وما بعدها ، عبد السميع المصرى : " التأمين الإسلامى بين النظرية والتطبيق " ط ١ ، مطبعة الدعوة الإسلامية ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٧٠ ، على الحوات : " الضمان الإجتماعى ودوره الإقتصادى والإجتماعى " الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان ، بدون سنة طبع ، ص ٢٩ .

(٢) النجار : المرجع السابق ، ص ٧٣ .

التى يلتزم كل عضو بسدادها ، ومن جهة أخرى ، إلى إنشاء احتياطى لمواجهة الطوارئ عن طريق استثمار رؤوس الأموال التى قد تتجمع لديها فى بعض السنوات التى تقل فيها نسبة المخاطر المؤمن منها ، وهو ما يمكنها من عدم مطالبة الأعضاء باشتراكات إضافية فى سنوات أخرى .[1]

وعن طريق هذا الإحتياطى يمكن تحقيق فكرة " الإسترباح " فى هذا النظام ، حيث يمكن سداد التعويضات والوفاء بالمصروفات الإدارية دون المساس برأس المال ، مع ملاحظة أن هذا الإستثمار لايعنى الخروج عن العملية التأمينية أو تحويلها من تبرع إلى معاوضة ، كما أنه يستبعد استغلال حاجة المؤمن له إلى التأمين .[2]

٢- من حيث الهدف :

يهدف هذا التأمين أساساً إلى تحقيق التعاون بين المؤمن لهم بتوزيع الخطر أو الضرر الذى يلحق بأحدهم عليهم جميعاً ، ولايدخل تحقيق الربح ضمن أغراض هذا النوع من التأمين ، وذلك على العكس من التأمين التجارى الذى يهدف إلى تحقيق أكبر قدر من الربح على حساب المؤمَن لهم .[3]

٣- من حيث الشكل :

تجتمع فى الأعضاء المشتركين فى التأمين التعاونى صفتا المؤمن والمؤمن لهم فى ذات الوقت ، بحيث تقوم على إدارة هذا التأمين منظمات تأمينية مستقلة ، وبعقود فردية ، نيابة عن المؤمن لهم ، ولحسابهم ، وذلك بعكس الحال فى التأمين التجارى ، حيث المؤمن هو

---

(١) غريب الجمال : التأمين التجارى والبديل الإسلامى " ، دار الإعتصام ، ص ٢٥٥ وما بعدها .

(٢) أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص ٢٤٥ .

(٣) الزغبى : المرجع السابق ، ص ٤٨٧ .

شركة التأمين ، وهو يقوم بدور الوسيط بين مجموع المؤمن لهم ، ويستغل أموالهم باسمه الخاص ولحسابه ، حيث تكون الأقساط التى يسددها المؤمن لهم ملكاً خالصاً له . [1]

٤ – من حيث نظام سداد الأقساط :

يتسم هذا النوع من التأمين بأن مقدار ما يدفعه المشترك فيه لايتخذ طابع الثبات ، حيث يتوقف هذا المقدار على عدد الحوادث التى تقع خلال السنة ، فيزيد بزيادتها ، وينقص بنقصانها ، وذلك على العكس من التأمين التجارى الذى يتحدد مقدار القسط فيه على نحو ثابت . [2]

٢٥ – حكم التأمين التبادلى فى الفقه الإسلامى :

يكاد ينعقد الإجماع [3] ، على جواز هذا النوع من التأمين ، باعتباره يحقق الصيغة الإسلامية للتعاون لخلوه من المحظورات الشرعية التى تشوب التأمين التجارى .

---

(١) المرجع السابق ، نفس الموضع ، الكدوانى : المرجع السابق ، ص ٥١١ .

(٢) النجار : المرجع السابق ، ص ٧٢ .

(٣) إذ خالف هذا الإتجاه الأستاذ الدكتور عيسى عبده فى بحثه المقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامى المنعقد بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ ، حيث نعى على القائلين بجواز هذا النوع من التأمين ربطهم له بالآية الثانية من سورة المائدة فى قوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعدوان " ، حيث يرى أن لفظة التعاون لم ترد فى غير هذا الموضع من كتاب الله ، وأنه على أساس النظر السطحى للأمور قامت حملات الترويج للتأمين التعاونى . ويستطرد قائلاً : إن المقصود بالآية محل الإستدلال – على ما جاء فى تفسير الطبرى – أى ليعن بعضكم بعضا أيها المؤمنون بالبر ، وهو العمل بما أمر الله باتقائه واجتناب المعاصى ، والمعنى لا يحملنكم بغض قوم أن صدوكم عن المسجد الحرام أن تعتدوا ، ولكن ليعن بعضكم بعضا بالأمر وبالإنتهاء إلى ما حده الله لكم فى القوم الذين صدوكم عن المسجد الحرام وفى غيرهم ، والإنتهاء عما نهاكم الله أن تأتوا فيهم وفى غيرهم . ثم يعلق قائلاً : فأين هذا المستوى الخلقى الرفيع الذى جاءت به هذه الآية من الدعوة السافرة إلى تخريب أرزاق التجار وربط الإستهلاك بالإنتاج ربطا مباشراً لاستبعاد الوسطاء ، وهو ما يمثل صورة مبكرة للشيوعية . ثم يطرح عدة تساؤلات ، وهى : هل قامت فى المجتمع الإسلامى حاجة إلى هذا العقد الذى يوصف بأنه مستحدث ، وضاقت الشريعة بسد هذه الحاجة ؟ وهل يجوز القول بأن الشريعة الإسلامية مفروض عليها أن تعقد لاجتهاد كل انسان ، وإن جاء بما أغنت عنه الشريعة ، ونحن نعلم أنها وحدها صالحة للناس جميعا ؟ وهل إذا أجزنا التأمين التعاونى فهل هو بديل للتكافل الإسلامى القائم على الزكاة والصدقات ومايلتزم به بيت مال المسلمين ، أم إنه إضافة وتحسين لعدم وفاء النظام الإسلامى بالغرض ؟ وما هو التكييف الشرعى لحق المضرور فى الإستيلاء على مبالغ أودعها الآخرون ؟ أهو التبرع ؟ فأين الزكاة ؟ . ويختتم بحثه بقوله : إن إجازة التأمين التعاونى يحمل تسليما ضمنيا بقصور الشريعة .

وعلى الرغم من وجاهة هذا النظر ، إلا أننا لا نرى – كما يذهب الأستاذ عيسى عبده – أن القول بإجازة نظام التأمين يعنى قصوراً ضمنياً فى الشريعة ، أو انه بديل لنظام التكافل الاسلامى إذ مناط ذلك هو هل هذا النظام – بالضوابط الشرعية – يحقق مصلحة للعباد ام لا ، إذ لا خلاف فى عدم القول به بصورته الربوية .

ويستدل على هذا الجواز بالكتاب والسنة :

فمن الكتاب ، قوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعدوان " [(١)] ، ووجه الدلالة أن فى التأمين التبادلى يتعاون المؤمن لهم على تفتيت وتشتيت الآثار الناجمة عن تحقق الخطر المؤمن منه ، مع عدم الدخول فى دائرة المحظورات أياً كانت ، وهو ما يتفق مع عموم الأمر الوارد فى الآية الكريمة ، حيث يدخل فى مفهوم البر أن يتعاون الناس فى دفع الأخطار التى يمكن أن تتهدد حياتهم . [(٢)]

ومن السنة ما رواه النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " مثل المؤمنين فى توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى " [(٣)] ، وكذا حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا ، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه " . [(٤)]

ووجه الدلالة من الحديث الأول ، أنه يصور جماعة المؤمنين بالجسد الواحد الذى تتأثر جميع أعضائه لأى ألم يصيب أحدها ، وهو من قبيل التعاون المتحقق فى التأمين التبادلى ، حيث يتحمل كل عضو بنصيب من آثار الخطر الذى يصيب عضواً آخر . أما

---

(١) سورة المائدة ، من الآية رقم ٢ .

(٢) النجار : المرجع السابق ، ص ٩٦ ، عبد السميع المصرى : المرجع السابق ، ص ٧٢ .

(٣) أخرجه البخارى فى كتاب الأدب ، باب رحمة الناس والبهائم ، جـ ٥ ، ص ٢٢٣٨ ، حديث رقم ٥٦٦٥ ، وأخرجه مسلم فى كتاب البر والصلة والآداب ، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم ، جـ ٤ ، ص ١٩٩٩ ، حديث رقم ٢٥٨٦ ، وأخرجه أحمد فى كتاب أول مسند الكوفيين ، باب حديث النعمان بن بشير عن النبى صلى الله عليه وسلم .

(٤) أخرجه مسلم فى كتاب الذكر والدعاء والتوبة والإستغفار ، باب فضل الإجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر ، جـ ٤ ، ص ٢٠٧٤ ، حديث رقم ٢٦٩٩ ، وأخرجه الترمذى فى كتاب البر والصلة عن رسول الله ، باب ما جاء فى الستر على المسلم ، جـ ٣ ، ص ٢١٨ ، حديث رقم ١٩٩٥ وأخرجه أبو داود فى كتاب الأدب ، باب فى المعونة للمسلم ، جـ ٥ ، ص ٢٣٤ ، حديث رقم ٤٩٤٦ ، وأخرجه ابن ماجة فى كتاب المقدمة ، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم ، جـ ١ ، ص ٨٢ ، حديث رقم ٢٢٥ وأخرجه أحمد فى كتاب باقى مسند المكثرين ، باب مسند أبى هريرة . جـ ٢ ، ص ٢٩٦ .

الحديث الثانى فيجسد أثر التعاون فى الإعانة على أمر الدنيا ، وهو ذات المعنى الموجود فى التأمين التبادلى ، حيث يتعاون المؤمن لهم فى رفع الحرج عن أحدهم وإعانته على مواجهة ما لحقه من خطر .[1]

ويؤكد جمهرة الفقهاء المحدثين [2] ، جواز هذا النوع من التأمين ، على أساس خلوه من معنى المعاوضة بتاتا ، إذ أن ما يدفعه المؤمن له إنما يريد به التعاون مع زملائه فى تخفيف الضرر أو رفعه عن أحدهم إذا ما نزل به بحدوث الكارثة المؤمن عليها ، فانعدم بذلك معنى المعاوضة ، وانتفى لذلك معنى الجهل والغرر .

ويستند هذا الجواز كذلك إلى خلو هذا النوع من التأمين من الربا بنوعيه (ربا الفضل وربا النساء) ، فعقود المساهمين فيه ليست ربوية ، كما أن ما يتم تحصيله من أقساط لا يستغل فى معاملات ربوية .[3]

---

(١) النجار : المرجع السابق ، ص ٩٧ .

(٢) الخفيف : المرجع السابق ، ص ٥٢ ، محمد زكى السيد : المرجع السابق ، ص ٢٣٢ ، الشيخ عبد الرحمن تاج : " شركات التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية " المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية ، سبتمبر ١٩٧٢ ، ص ١٠٨ ، غريب الجمال : " نحو نظام تأمين اسلامى . دراسة مقارنة موجزة " سنة ١٩٧٥ ، ص ٧١ وما بعدها ، مجلس هيئة كبار العلماء فى المملكة العربية السعودية فى قراره رقم ٥١ بتاريخ ٤ ربيع ثان ١٣٩٧ هـ ، وذلك على أساس عدة أمور : ١ ـ إن التأمين التعاونى من عقود التبرع يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار ، دون استهداف تجارة أو ربح . ٢ ـ خلو التأمين التعاونى من الربا بنوعيه ، ربا الفضل وربا النساء ، فليست عقود المساهمين ربوية ، ولايستغلون ما جمع من الأقساط فى معاملات ربوية . ٣ ـ أنه لايضر جهل المساهمين فى التأمين التعاونى بتحديد ما يعود عليهم من النفع ، لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ، ولاغرر ، ولامقامرة ، بخلاف التأمين التجارى ، فإنه عقد معاوضة مالية تجارية . ٤ ـ قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما جمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذى من أجله أنشئ هذا التعاون ، سواء القيام بذلك تبرعا أو مقابل أجر معين . مشار إليه عند محمد شوقى الفنجرى : " الإسلام والتأمين . التعاون لا الإستغلال أساس عقد التأمين الإسلامى " دار ثقيف للنشر والتأليف ، بدون سنة طبع ، ص ٩٧ وما بعدها . كما أوصى بهذا التأمين المؤتمر العالمى للإقتصاد الإسلامى المنعقد فى مكة سنة ١٩٧٦ ، كما أفتت به ووافقت عليه هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامى السودانى . مشار إليه عند محمد زكى السيد : المرجع السابق ، ص ٢٣٣ .

(٣) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامى فى دورته الأولى فى ١٠ شعبان ١٣٩٨ هـ بمكة المكرمة . انظر : مجلة الإقتصاد الإسلامى ، المجلد الأول ، السنة الأولى ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م ، ص ٢٤١ .

الفرع الثانى
دور الدولة فى تنظيم التامين التبادلى

٢٦- تمهيـــــد :

يجب لنجاح أى نظام تعاونى أن يخضع النشاط التأمينى لإشراف الدولة المباشر ، وذلك لضمان قدرة التظيمات التعاونية على مواجهة ما قد يعن لها من مفاجآت أو مخاطر تتعرض لها .

فعن طريق هذا الإشراف تستطيع الدولة أن تتخذ ما تراه من تدابير لازمة ، كاشتراط اتخاذ المؤمن لهم احتياطيات معينة للوقاية من الخطر، وكاشتراط أن يتحمل المؤمن لهم قسطا معينا من الخسارة لكى يكون له مصلحة شخصية فى توقى الحوادث . (١)

ويتحقق تدخل الدولة فى نطاق التأمين التبادلى إما عن طريق إنشاء مؤسسة عامة ، أو شركة خاصة للتأمين التبادلى .

٢٧- أولاً : شكل المؤسسة العامة :

وهو يقابل مؤسسة التأمينات الإجتماعية القائمة حاليا فى كثير من البلدان ، ومنها مصر والمملكة العربية السعودية ، وإن كان يميز مؤسسة التأمين التبادلى عن تلك المؤسسات أن الدولة فى خصوص هذا التأمين تتولى إدارة المؤسسة نيابة عن المؤمن لهم ، ولحسابهم الخاص ، بخلاف التأمين الذى تتولاه الدولة فى صورة التأمينات الإجتماعية ، فإن الدولة تمارسه باسمها الخاص ولحسابها ، بحيث لايكون للمؤمن لهم الحق فى محاسبة الدولة عن إدارتها لهذا التأمين ، أو المطالبة بعائد استثمارها لمدخراتهم . (٢)

---

(١) محمد زكى السيد : المرجع السابق ، ص ٢٣٣ .

(٢) الفنجرى : المرجع السابق ، ص ٨٧ ، الزغبى : المرجع السابق ، ص ٥٤٧ .

٢٨- ثانياً : شكل شركة التأمين التعاونى :

ويتميز هذا الشكل عن سابقه فى أننا نكون فى حالة المؤسسة العامة أمام جهاز حكومى محض ، بخلاف الحال بالنسبة لشكل الشركة ، فإننا نكون أمام جهاز خاص أو مختلط ، وهذا الأخير يجمع بين عناصر خاصة وعناصر حكومية ، وعلى الرغم من ذلك فإن الدولة سواء فى حالة اتخاذ عملية التأمين التبادلى شكل المؤسسة أو شكل الشركة ، تؤدى دورها نيابة عن المؤمن لهم وباسمهم الخاص .[١]

على أنه يمكن القول أن الأخذ بشكل شركة التأمين التعاونية المختلطة يحقق العديد من الأهداف العملية هى [٢] :

١- الإلتزام بروح الفكر الإقتصادى الإسلامى الذى يترك للأفراد مسئولية انشاء وإدارة المشروعات الإقتصادية ، مع الإحتفاظ بدور تكميلى للدولة لتتدخل بالرقابة والتوجيه كوسيلة لضمان نجاح هذه المشروعات .

٢- الإلتزام بالفكر التعاونى التأمينى الذى يترك للمتعاونين سلطة الإستقلال بالمشروع التعاونى إدارة وتنفيذاً .

٣- حث المتعاونين على بذل أقصى الحرص لتجنب وقوع المخاطر لأن من شأن ذلك أن يترجم إلى أقساط أقل فى المستقبل ، ولأن وقوع هذه المخاطر يعنى أقساطاً أكبر فى المستقبل .

٤- خلق روح المسئولية لدى المتعاونين ، حيث يستقر فى وجدانهم أن الدولة لاتلعب إلا دوراً تكميلياً ، وأنهم يستفيدون من التأمين التعاونى بقدر ما يكون لديهم من تحمل لمسئولية إدارة المشروع .

وأياً كان الشكل الذى تتخذه عملية التأمين التبادلى ، فإن الدولة تلتزم بإعانته مالياً ، وتغطية أية خسائر قد تعرض للعملية التأمينية .[٣]

---

(١) المرجع السابق ، ص ٨٨ .

(٢) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامى السابق ، ذات المرجع ، ص ٢٤٢ .

(٣) المرجع السابق ، نفس الموضع .

القسم الأول

فكرة التامين من المسئولية الطبية

٢٩ - تمهيد :

ينصب بحثنا فى هذا القسم على دراسة فكرة التأمين من المسئولية من خلال التعرض لمحل العقد ، وأحكام الضمان الناشئ عنه ، وهو ما نتناوله فى بابين وعلى ذلك فسوف نقسم هذا القسم إلى بابين على النحو التالى :

الباب الأول : محل الضمان (المسئولية الطبية) .

الباب الثانى : أحكام الضمان .

الباب الأول

محل الضمان
(المسئولية الطبية)

٣٠- تمهيد :

عقد التأمين من المسئولية يضمن النتائج المالية للمسئولية المدنية للطبيب المؤمن له ، فهذه المسئولية هى محل الضمان فى العقد ، ويثور بشأنها العديد من المسائل بالغة الأهمية ، ولذا فهى دائماً موضوع خصب للبحث والدراسة ، وهو أمر ناشئ عن التطور الهائل فى المجال الطبى .

وفى دراستنا لهذه المسئولية ، فإننا ننظر إليها من زاوية كونها محلاً لعقد التأمين من المسئولية ، أى باعتبارها الخطر المؤمن منه فى هذا العقد ، وبهذا التحديد نعرض لها من خلال المشكلات التى تعترى أركانها وفقاً للقواعد التقليدية لها ، وكذلك من خلال نطاق المسئولية التى تكون محلاً للضمان ، وبعبارة أخرى ، نطاق الخطر محل الضمان ، لنتعرف على ما يدخل فى ضمان المؤمن ومالايدخل .

وعلى ذلك فسوف نقسم هذا الباب إلى فصلين كما يلى :

الفصل الأول : أركان المسئولية الطبية (مشكلات القواعد التقليدية للمسئولية الطبية).

الفصل الثانى : نطاق الخطر المؤمن منه .

الفصل الأول
اركان المسئولية الطبية
(المشكلات التى تثيرها القواعد التقليدية للمسئولية الطبية)

٣١- تمهيد :

تثير أركان المسئولية المدنية فى المجال الطبى بعض الصعوبات أو المشكلات التى ينتج عنها مزيد من المنازعات بين المرضى والأطباء ، وترتب على ذلك أن طرأ على المفهوم التقليدى لهذه الأركان بعض التغيرات أو التطورات التى كان الهدف منها إعادة التوازن بين الطرفين غير المتكافئين ، وهما المريض والطبيب ، بحيث يكون فى مقدور الأول الحصول على حقه فى التعويض عن طريق الحد من الصعوبات التى تواجهه فى سبيل إثبات مسئولية الثانى .

وفى سبيل استعراض تلك المشكلات ، سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، نخصص كلاً منها للمشكلات التى تثور بخصوص كل ركن من أركان المسئولية المدنية فى المجال الطبى ، مشيرين إلى الدور الذى يلعبه التأمين من المسئولية فى هذا الصدد .

وعلى ذلك سوف ينقسم هذا الفصل إلى المباحث الثلاث التالية :

المبحث الأول : الخطأ .

المبحث الثانى : الضرر .

المبحث الثالث : علاقة السببية .

المبحث الأول
الخطـــــا

٣٢- تمهيـد وتقسيـم :

نتعرض فى هذا المبحث لبعض المشكلات التى يثيرها الخطأ فى المجال الطبى كركن من أركان المسئولية الطبية ، سواء كانت تلك المشكلات على صعيد الخطأ الشخصى للطبيب أو فى نطاق الفريق الطبى .

ومن المشكلات التى يثيرها الخطأ فى المجال الطبى مشكلة إثباته بطريق الخبرة ، وهى من المشكلات الدقيقة التى تستأهل التعرض لها فى ثنايا هذا المبحث .

وقبل الخوض فى بحث هذه المشكلات ، فإنه يكون من الملائم أن نعرض لماهية الخطأ الطبى ، حتى إذا ما فرغنا من ذلك ، فإننا نزلف إلى دراسة تلك المشكلات .

ولأن القضاء الفرنسى استشعر عدم كفاية قواعد المسئولية الخطئية لتقديم التعويض الحاسم والعادل للمريض ، فقد لجأ إلى الإستعانة بفكرة " الحادثة الطبية " ليجد فيها منفذا مناسبا لتعويض المريض عندما لاتسعفه القواعد التقليدية للمسئولية . هذا الإتجاه الحديث للقضاء الفرنسى يجدر بنا أن نعرض له ، ونحلله ، وهو ما نتناوله بعد أن نفرغ من دراسة أهم المشكلات المثارة فى رحاب القواعد التقليدية للمسئولية المدنية فى المجال الطبى .

وعلى ذلك فسوف نقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب كالتالى :

المطلب الأول : ماهية الخطأ الطبى .

المطلب الثانى : الخطأ الشخصى .

المطلب الثالث : الخطأ داخل الفريق الجراحى .

المطلب الرابع : دور الخبرة فى إثبات الخطأ الطبى .

المطلب الخامس :توجه القضاء الفرنسى نحو تبنى مسئولية موضوعية فى المجال الطبى .

المطلب الأول
ماهية الخطـــأ الطبـى

٣٣- مفهوم الخطأ الطبى :

الخطأ - بوجه عام - سواء فى نطاق المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية هو تقصير فى مسلك الشخص لا يصدر عن انسان يقظ وجد فى ذات الظروف التى أحاطت بالمسئول .[١]

والخطأ على هذا النحو يفترض الوجود السابق لقاعدة من قواعد السلوك الواضحة والمحددة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع على نحو معين ، ثم قيام أحد الأفراد بالخروج على هذه القاعدة .[٢]

وعلى ذلك ، يمكن القول إن الخطأ الطبى " هو ذلك الخطأ الذى يصدر عن شخص يتمتع بصفة الطبيب خلال أو بمناسبة ممارسته للأعمال الطبية[٣] ، لا يصدر عن طبيب يقظ وجد فى نفس ظروف الطبيب المسئول "[٤] ، أو أنه " إخلال الطبيب بالتزاماته فى مواجهة مريضه ، والذى يتمثل فى مخالفة المعطيات والأصول الطبية " .[٥]

---

(1) Mazeau et Tunc : " Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle " 6e éd., 1965, I, no. 669.

(٢) عبد الرشيد مأمون : " عقد العلاج بين النظرية والتطبيق " دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ ، ص ١٢٧ .

(٣) محسن البيه : " نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية فى ظل القواعد القانونية التقليدية " ١٩٩٣ ، مكتبة الجلاء الجديدة ــ المنصورة ، ص ١١ .

(٤) وفاء حلمى أبو جميل : " الخطأ الطبى ، دراسة تحليلية فقهية وقضائية " دار النهضة العربية ، د . ت ، ص ٣٨ ، نقض مصرى ، الدائرة المدنية ٢١ ديسمبر ١٩٧١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٢ ، ص ١٠٦٢ .

(5) Finon (Odile) : " Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale " thèse, Paris, 1972, p. 21 .

٣٤- مفهوم الخطأ الطبى فى الفقه الإسلامى :

يقابل لفظ الخطأ لدى فقهاء القانون لفظ التعدى لدى فقهاء الشريعة الإسلامية. والتعدى لغة " مجاوزة الحد أو القدر أو الحق" ، وأصل ذلك تجاوز الشئ إلى غيره ، أو تجاوز الحد فى الشئ (١) ، أما فى الإصطلاح فقد استعمله الفقهاء لأكثر من معنى (٢) ، يعنينا منها أحدها ، وهو التعدى بمعنى مجاوزة الحد (٣) ، وفى هذا السياق يذهب ابن العربى ، فى تفسير قوله تعالى " فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه " (٤) ، إلى أن العادى هو " المجاوز ما يجوز إلى مالايجوز " (٥) ، كما يذهب الفخر الرازى إلى أن" التعدى فى الأمور هو تجاوز ماينبغى أن يقتصر عليه " . (٦)

وعلى ذلك ، يمكن القول إن إخلال الطبيب بالتزاماته سواء كانت عقدية أو تقصيرية ، هو " تجاوزه حدود العمل المعتاد والأصول المألوفة التى يقوم بها طبيب وسط من نفس مستواه وظروفه " .

---

(١) مفردات الفاظ القرآن للأصفهانى (أبو القاسم حسين بن محمد بن ابى الفضل المعروف بالراغب الأصفهانى) ، ص ٣٢٩ ، مادة عـدا ، المطبعة الميمنية ، القاهرة ، ١٣٢٤ هـ . انظر كذلك : المعجم الوجيز ، ص٤١٠ ، مادة عدا ، حيث جاء فيه عدا عليه أى ظلمه وتجاوز الحد معه .

(٢) فقد استخدمه بعض فقهاء الشريعة بمعنى الجناية ، ومن ذلك ما جاء فى القوانين الفقهية ، ص ٣١٨ ، لابن جزى من أن " التعدى أعم من الغصب ، فالتعدى يكون فى الأموال والنفوس والفروج والأبدان " ، واستخدمه بعضهم بمعنى الإستيلاء على منفعة مال الغير ، ومن ذلك العبارة الواردة فى الشرح الكبير من أن " التعدى هو الإستيلاء على المنفعة كسكنى دار أو ركوب دابة " انظر : الشرح الكبير المسمى "منح القدير على مختصر خليل " ، للعلامة أحمد بن محمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ، ومعه حاشية الدسوقى ، مطبعة عيسى الحلبى ، جـ ٣ ، ص ٤٤٢ .

(٣) المغنى جـ ٦ ، ص ١٣٣ .

(٤) من الآية رقم ١٧٣ ، من سورة البقرة .

(٥) أحكام القرآن لابن العربى (وهو الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله المتوفى سنة ٥٤٣ هـ) ، جـ ١ ، ص ٨٤ ، ط ١ ، سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، تحقيق محمد عبد القادر عطا .

(٦) مفاتيح الغيب المسمى التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازى ، المجلد الثالث ، ط ٣ ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، جـ ٥ ، ص ١٢ .

وقد عبر بعض الفقهاء عن هذا التجاوز بلفظ التعدى ، من ذلك قول الإمام الخطابى " لا أعلم خلافا فى المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً ، والمتعاطى علماً أو عملاً لايعرفه متعدى ، فإذا تولد من فعله تلف ضمن الدية وسقط عنه القود [١] ، لأنه لايستبد بذلك دون إذن المريض ، وجناية المتطبب فى قول عامة الفقهاء على عاقلته " . [٢]

كما عبر بعضهم عنه بلفظ الخطأ ، من ذلك قول الإمام البغوى : " إذا أخطأ الطبيب فى المعالجة فحصل منه التلف تجب الدية على عاقلته " . [٣]

٣٥- الخطأ المادى و الخطأ الفنى :

درج جانب من الفقه [٤] ، على تقسيم الخطأ فى المجال الطبى إلى خطأ مادى أو عادى ، وخطأ فنى أو مهنى . فالخطأ المادى هو ذلك الخطأ الذى يقع من الطبيب دون أن يكون ذا صلة بمهنة الطب ، فهو خطأ خارج عن حدود المهنة une faute extra-professionnelle شأن الطبيب فيه شأن غيره من الناس .

ومن أمثلة هذا الخطأ ، أن يجرى الطبيب عملية جراحية وهو ثمل ، أو أن يترك حافظة ماء ساخن تحت قدمى مريض فاقد الوعى بتأثير المخدر مما يسبب له حروقاً ، أو أن يجرى جراحة بينما يده مصابة بعجز يحول دون استعمالها ، ومن أمثلة هذا النوع كذلك ، عدم مراعاة قواعد النظافة . [٥]

---

(١) القود بفتح القاف والواو أى القصاص . انظر : المعجم الوجيز ، المرجع السابق ، ص ٥١٩ .

(٢) معالم السنن شرح سنن أبى داود للإمام أحمد بن محمد البتى الشهير بالخطابى ، ط ٢ ، المطبعة العلمية ، حلب ١٣١٥ هـ .

(٣) شرح السنة للإمام الحافظ أبى محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء المعروف بالبغوى ، جـ ١ ، ص ٣٤١ ، طبعة المكتب الإسلامى بدمشق .

(٤) ديمولب : جـ ١٣ ، رقم ٥٤٠ ، ص ٤٦٩ ، رقم ٥٤٣ ، ص ٤٧٣ ، مشار إليه فى سليمان مرقس : " مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى " مجلة القانون والإقتصاد ، س ٧ ، ع ٢ فبراير ١٩٣٧ ، ص ١٥٥ وما بعدها .

(٥) أحمد محمود إبراهيم سعد : " مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه " رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس سنة ١٩٨٣ ، ص ٣٧٣ ، محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٥ .

أما الخطأ الفنى أو المهنى la faute professionnelle وهو ذلك الخطأ الذى يصدر عن الطبيب بالمخالفة للقواعد الفنية التى تلزمه بها القواعد الطبية .[(١)]

ومن أمثلة هذا النوع ، الخطأ فى تشخيص مرض اتفق الأطباء على تشخيصه على نحو معين [(٢)] ، أو الخطأ فى تقدير ملاءمة علاج دون آخر لحالة المريض ، أو اعطاء المريض جرعة مخدر أكثر من اللازم .[(٣)]

ويقرر هذا الرأى أن الطبيب يسأل عن الأعمال المادية وحدها دون الأعمال الفنية أو المهنية التى لا يسأل عنها إلا إذا كان الخطأ الصادر عنه خطأ جسيما .

وبالرغم من أن الباعث وراء القول بهذا التقسيم كان محاولة التوفيق بين توفير القدر اللازم من الحرية للأطباء فى ممارسة نشاطهم من ناحية ، وبين ضرورة حماية المرضى من ناحية أخرى ، بحيث يتساوى الأطباء مع غيرهم من الأشخاص العاديين بالنسبة للأعمال المادية فيسألون عنها دائما ، ويعاملون على نحو خاص بالنسبة للأعمال الفنية فلا يسألون عنها إلا فى حالة الخطأ الجسيم [(٤)] ، إلا أن هذا التقسيم لم يسلم من النقد .

ويقوم هذا النقد من ناحية على ما ينطوى عليه هذا التقسيم من التحكم ، حيث أنه ليس من الميسور دائما التمييز بين ما يعد خطأ ماديا للطبيب ، وما يعد خطأ فنيا له ، لأن غالبية ما ينسب إلى الطبيب من أخطاء تتضمن بالضرورة ناحية فنية ، حيث لايمكن فصلها عن تخصصه الفنى والمهنى .[(٥)]

---

(١) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٤٨ .

(٢) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، هامش رقم ٢ ص ١٤٨ ، محمد عبد القادر العبودى : " المسئولية المدنية لطبيب التخدير " رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس سنة ١٩٩٢ ، ص ١١٤ .

(٣) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٦ .

(٤) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(٥) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٥٤ ، محسن البيه: المرجع السابق ، هامش رقم ٢ ، ص ٢٥ ، أحمد محمود إبراهيم سعد :المرجع السابق ، رقم ٢٠٢ ، ص ٣٧٤ .

فهذا التمييز يدق - مثلاً - فى حالة ما إذا أغفل الطبيب الأمر بنقل المريض إلى المستشفى ، أو فى حالة ما إذا ترك الطبيب قطعة قطن أو آلة جراحية فى جسم المريض ، إذ على الرغم من أن خطأ الطبيب فى مثل هذه الحالات يعد من قبيل الخطأ العادى أو المادى ، إلا أنه ينطوى فى حقيقة الأمر على خطأ فنى فى ذات الوقت ، فالأمر بنقل المريض إلى المستشفى يحتاج إلى تقدير فنى من الطبيب للوقت والوسيلة المناسبة لحالة المريض للقيام بذلك ، كما أن نسيان قطعة قطن أو آلة جراحية فى جسم المريض يعد من قبيل الحوادث الجراحية المتصلة اتصالاً وثيقاً بمباشرة المهنة .[١]

ولا أدل على ذلك من أن أحكام القضاء ذاتها قد دق عليها هذا التمييز ، فاعتبرت خطأ الطبيب فى الحالتين المتقدمتين خطأً عادياً ، على الرغم من الطبيعة الفنية للخطأ فيهما .[٢]

كما يقوم هذا النقد ، من ناحية أخرى ، على عدم صحة القول بفكرة الخطأ الفنى الجسيم التى تنحصر مسئولية الطبيب فى نطاقها .

ولذلك فقد نبذ القضاء المصرى من وقت مبكر هذه التفرقة حيث قرر أن " الطبيب خاضع من حيث مسئوليته للقواعد العامة ، فيسأل عن كل خطأ ثابت فى حقه على وجه التحقيق سواء كان ذلك الخطأ عادياً أم فنياً ، وسواء كان يسيراً أو جسيماً ".[٣]

---

(١) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٥٣ ، محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٢٥ ، أحمد محمود إبراهيم سعد : المرجع السابق ، ص رقم ٢٠٢ ، ص ٢٧٦، حسن زكى الأبراشى : " مسئولية الأطباء والجراحين المدنية " رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة ١٩٥١ ، ص ١٣٦ ، عبد الراضى هاشم : " المسئولية المدنية للأطباء فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى " رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٩٤ ، ص ٨٤ .

(2) T. Civ. Nancy, 19 janv. 1928, Gaz. Pal. 1928, I, p. 410 ; C. A. d'Emiens, 16 juill. 1931, Gaz. Pal. 1931, II, p. 694 .

(٣) استئناف مصر يناير ١٩٣٦ ، المحاماة س ١٦، ع ٧١٣ ، ص ٣٢٤ . وقد علق الأستاذ الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم بقوله: "لقد أصابت محمة استئناف مصر فيما ذهبت إليه ... " انظر : مجلة القانون والإقتصاد س ٧ ، ص ٦٤٥ .

٣٦- موقف الفقه الإسلامى من تقسيم الخطأ الطبى إلى خطأ عادى وخطأ فنى :

لم يقل فقهاء الشريعة الإسلامية بتقسيم الخطأ إلى خطأ عادى وخطأ فنى [١]، حيث قسموا الخطأ، أو التعدى، إلى نوعين، الأول هو الخطأ فى الظن أو القصد ، والثانى هو الخطأ فى الفعل، وقد علل الإمام الزيلعى هذا التقسيم بقوله " وإنما صار الخطأ على نوعين، لأن الإنسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيتحمل من كل واحد منهما الخطأ على الإنفراد أو الخطأ على الإجتماع، بأن رمى آدميا يظنه صيدا فأصاب غيره من الناس . [٢]

ويدخل فى النوع الأول أن يتلف مال غيره ظنا أنه ماله، ويدخل فى الثانى أن يقصد مباحا فيصيب محظورا [٣]، ومثال النوع الأول فى المجال الطبى، أن يخطئ الجراح فى ظنه وتقديره فيقطع عضوا للمريض خلاف العضو الذى يجرى الجراحة من أجله ، ومثال النوع الثانى أن يترتب على تخدير المريض إصابته بشلل أو وفاته، حيث يقصد الجراح فعلا مباحا لكنه يصيب فعلا محظورا . [٤]

والحاصل أن فقهاء الشريعة الغراء يرون تضمين الطبيب متى تجاوز الحد المرسوم المتفق مع أصول المَهنة، سواء اخطأ فى ظنه أو فى فعله، دون أن يفرقوا بين خطأ عادى وخطا فنى أو مهنى .

٣٧- الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير :

نتناول فيما يلى مسألة تقسيم الخطأ الطبى إلى خطأ جسيم وخطأ يسير، من حيث مفهومها ومدى صحة القول بها .

---

(١) محمد صلاح الدين حلمى : " أساس المسئولية التقصيرية فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى " رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص ٣٤٦، عبد الراضى هاشم : المرجع السابق، ص ٨٢ .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى المتوفى ٧٦٢ هـ، وبهامشه حاشية الشيخ الإمام العلامة شهاب الدين أحمد الشلبى، دار المعرفة بيروت، ط ٢، جـ ٦، ص ١٠١ .

(٣) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق، جـ ٦، ص ١٠١ .

(٤) وديع فرج : " مسئولية الأطباء والجراحين المدنية مجلة القانون والإقتصاد، س ١٢، ع ١، ١٩٤٢، ص ٤٠٠ .

١ - مفهوم الخطأ الجسيم :

ينبغى التأكيد بداية على أن درجة جسامة الخطأ لا تقاس بقدر أهمية الضرر المترتب عليه ، فقد يقع الضرر كبير الأهمية نتيجة خطأ عمدى أو جسيم ، بل وقد يقع نتيجة خطأ يسير ، ولذلك فإن تحديد درجة جسامة الخطأ يجب أن تبحث بعيداً عن أهمية الضرر الناشئ عنه . (١)

ويمكن القول أن معيار تحديد درجة الخطأ يكمن فى عنصر نفسى ، هو تقدير الشخص لاحتمال وقوع الضرر ، فكلما زادت درجة الإحتمال هذه لدى الشخص حال إتيانه الفعل كلما ازدادت درجة جسامة الخطأ ، فيكون هذا الأخير عمدياً إذا قصد الشخص تحقق الضرر ، ويكون جسيماً إذا تيقن من وقوع الضرر متى لم يقصد تحقيقه . (٢)

فالخطأ الجسيم - عموماً - هو الذى لا يصدر من أقل الناس يقظة وتبصراً ، وبهذا المفهوم يمكن تعريفه فى نطاق المسئولية الطبية بأنه " كل فعل يرى طبيب يقظ ، وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول ، وفى مستواه العلمى ، أن حدوثه يحتمل جداً أن ينشأ عنه الضرر المنسوب لذلك الطبيب ". (٣)

٢ - الفقه المؤيد لفكرة الخطأ الفنى الجسيم :

ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن الطبيب لا يسأل عن الخطأ الصادر منه إلا إذا كان خطأ جسيماً ، مستندين فى ذلك إلى العديد من الأسانيد، فيستندون من جهة على تقسيم الأعمال الطبية إلى أعمال مادية وأعمال فنية أو مهنية ، والذى يترتب عليه القول بوجود خطأ مادى وخطأ فنى أومهنى ، بحيث لا ينسب إلى الطبيب خطأ فى خصوص هذا القسم الثانى إلا إذا كان جسيماً . (٣)

---

(١) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤٠١ .

(٣) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٥٨ وما بعدها .

كما يستندون ، من جهة ثانية ، إلى الطبيعة الإحتمالية للعمل الطبى [1] ، والتى تقتضى عدم مسائلة الطبيب عن أخطائه اليسيرة ، وإلا كان معنى ذلك تقييد حريته والحد منها فى ممارسة نشاطه الطبى ، فيحجم عن مسايرة التطور العلمى خشية الوقوع فى أى خطأ ولو كان يسيراً .

ويستندون ، أخيراً ، على أنه ليس من اليسير فى جميع الأحوال تحديد ما إذا كان سلوك الطبيب ينطوى على خطأ من عدمه لكون هذا السلوك من المسائل الخلافية بين المتخصصين التى لم يستقر الرأى فيها على كونه يشكل خطأ أم لا ، ولذلك ينبغى على القاضى ألا يقضى بمسئولية الطبيب إلا إذا كان خطؤه الفنى قد بلغ درجة من الجسامة ليست محلاً للخلاف لا يحتاج معها إلى التعمق فى مناقشات علمية وفنية . [2]

٣ - تقدير فكرة الخطأ الفنى الجسيم :

إذا كان أنصار فكرة الخطأ الفنى الجسيم قد اعتمدوا فى تدعيم فكرتهم على العديد من الأسانيد ، إلا أن هذه الأخيرة لم تسلم جميعها من النقد ، فمن جهة ، يؤخذ على هذا الرأى مبالغته فى النتائج التى رتبها على تقسيمه الأعمال الطبية إلى أعمال مادية وأخرى فنية ، من حيث قصر نطاق مسئولية الطبيب عن هذه الأخيرة حال كون الخطأ المنسوب إليه جسيماً ، إذ أن مسائلة الطبيب عن الخطأ الفنى مهما كانت درجته ، أى ولو كان يسيراً لا تعد تدخلاً من جانب القضاء فى بحث ومناقشة المسائل العلمية . [3]

---

(١) محمد هشام القاسمى : " الخطأ الطبى فى نطاق المسئولية المدنية " مجلة الحقوق والشريعة ، س ٣ ، ع ١ ، مارس ١٩٧٩ ، ص ١٠ .

(٢) مصطفى مرعى : " المسئولية المدنية فى القانون المصرى " ط ٢ ، ١٩٤٤ ، رقم ٧ ص ٦٨ .

(٣) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٤٥ .

ومن جهة ثانية ، لا تعنى ضرورة توفير القدر اللازم من الحرية والتقدير للطبيب في ممارسة عمله إهدار مصلحة المريض وحقه فى عدم التعرض لأخطاء الطبيب ، لأن هذا الأخير لن يتعرض حتما للمسائلة لمجرد عدم نجاح العلاج مادام قد أخذ جانب الحذر والعناية الواجبين فى ممارسته لعمله .[١]

على أن أهم ما يؤخذ على فكرة الخطأ الفنى الجسيم ، هو أنها لا تجد سنداً لها لا فى نص القانون ولا فى روحه ، حيث لا يفرق القانون بين النوعين من الخطأ ، فالخطأ الموجب للمسئولية ، سواء كانت جنائية أو مدنية ، جاء عاماً ، دون تمييز بين أنواعه .[٢]

٤- موقف القضاء من نظرية الخطأ الفنى الجسيم :

اعتنق القضاء الفرنسي ، فى مرحلة سابقة ، القول بأن الطبيب لا يسأل إلا عن الخطأ الفنى الجسيم ، وقد تواترت أحكام محكمة النقض - فى تلك المرحلة - على تأكيد ذلك ، فقضت [٣]، بأن " الطبيب يعد مسئولاً عما لحق المريض من ضرر نتيجة ما صدر منه من خطأ جسيم " ، كما قضى [٤] ، بمسئولية الطبيب " متى كان ما لحق المريض من ضرر ناشئا عن خطأ فاحش وعدم احتراز من جانب الطبيب " ، كما قضى [٥] ، بانعقاد مسئولية الطبيب " متى كان ما نسب إليه يعد إغفالاً أكيداً لواجباته" .

---

(١) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٦٢ ، أحمد شرف الدين : " مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحى العام " مجلة إدارة الفتوى والتشريع ، الكويت س ٢ ، ع ٢ ، ١٩٨٢ ، رقم ١٦ ، ص ٢١٠ وما بعدها ، محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٤٦ .

(٢) محمود محمود مصطفى : "مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية " مجلة القانون والإقتصاد ، س ١٨ القسم الثانى ، ص ٢٩٧ ، حسن عامر : "المسئولية المدنية ، العقدية والتقصيرية " ط ١ ، ١٩٥٦ ، بند ٢٧٤ ، ص ٢٤٠ ، محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٤٨ ، الأبراشى: المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

(3) Cass. civ. 18 juin. 1835, S. 1835, I, p. 401 .
(4) T. civ., Seine 25 fév. 1929, D. 1931, II, p. 144 .
(5) T. civ., Seine 20 juill. 1907, D. 1912, II, p. 356 .

غير أن هذا الإتجاه الذى سلكه القضاء الفرنسى لم يدم عليه كثيرا ، حيث عدل عنه عازفا عن تلك التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ، واضطردت أحكامه مقررة ومؤكدة على انعقاد مسئولية الطبيب ولو كان الخطأ المنسوب إليه يسيراً .

فقد قضى [1] ، بأن " الطبيب كغيره من الناس لا يلزم لمسائلته أن يكون الخطأ المنسوب إليه على درجة معينة من الجسامة ، لأنه ليس للقاضى أن يتعمق فى بحث وفحص الأصول الفنية لمهنة الطب " .

وعلى ذات النهج الذى انتهجه القضاء الفرنسى جاء مسلك القضاء المصرى ، حيث تواترت أحكامه ، فى بادئ الأمر ، مؤكدة عدم مسئولية الطبيب إلا إذا كان الخطأ المنسوب إليه خطأً جسيماً [2] ، ثم ما لبث أن هجر تلك التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير مقرراً مسئولية الطبيب ولو عن أخطائه اليسيرة . [3]

ومن جماع ما تقدم ، يمكن القول إن فكرة الخطأ الفنى الجسيم لم يكتب لها البقاء لا فى الفقه ولا فى القضاء ، فى فرنسا ومصر على حد سواء ، وهو ما استقر عليه الرأى من أن الطبيب يسأل عن كل خطأ يثبت فى حقه بغض النظر عما إذا كان هذا الخطأ جسيماً أو يسيراً . [4]

---

(1) Req. 21 juill. 1919, D.P. 1920, I, p. 30, note L. Denisse .

وفى ذات المعنى :

Cass. civ. 29 nov. 1920, D.P. 1924, I, p. 103 ; Cass. civ. 30 oct. 1963, D. 1964, p. 81, note Savatier .

(٢) استئناف مصر ٢ مايو ١٩٣٧ ، ملخص أحكام المجموعة الرسمية ، س ٤٨ ، ص ١٣٨١ ، استئناف مختلط ٩ نوفمبر ١٩٣٦ ، المجموعة المختلطة، س٤٩ ، ص ١٩ ، استئناف مختلط ٢١ أبريل ١٩٣٨ ، س ٥٠ ، ص ٢٥٠ .

انظر فى عرض هذا القضاء : أحمد سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٩٥ وما بعدها .

(٣) محكمة الأسكندرية الإبتدائية ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ ، مجلة المحاماة س ٢٤ ، بند ٣٥ ، ص ٧٨ ، استئناف مختلط ١٥ فبراير ١٩١١ ، مجلة التشريع والقضاء المختلطة ، س ٢٣ ، ص ١٨٣ . وقد جرت عبارات القضاء المصرى فى هذه المرحلة على تأكيد أن " الطبيب كغيره من الفنيين وغيرهم يسأل عن نتيجة خطأه ، دون تمييز بين الخطأ الهين والجسيم " .

(٤) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٦١ وما بعدها ، الأبراشى : المرجع السابق ، ص ١٤٠ ، محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٥٠ ، وديع فرج : المرجع السابق ، ص ٤٠٥ .

٣٨- فكرة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير فى الفقه الإسلامى :

قد يظن أن فقهاء الشريعة الغراء قد ميزوا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير للطبيب ، ومنشأ ذلك أنهم يقررون أن الجراح ، أو الطبيب ، لايسأل إلا عن الخطأ الفاحش ، وهو الذى لايمكن أن يقع فيه طبيب آخر [١] ، فإن فعل الطبيب مالايفعله مثله ممن أراد الصلاح ، وكان عالما بهذا فهو ضامن لتجاوزه فى عمله الحدود المتعارف عليها عند أهل المهنة ، أما إذا كان فعل الطبيب هو مايفعله مثله من أهل العلم بصناعة الطب ، فلا ضمان عليه وإن ارتكب خطأ يسيرا ، وهو الذى يمكن أن يقع فيه طبيب مماثل . [٢]

ونعتقد ، على العكس من ذلك ، أن تضمين الطبيب لدى فقهاء الشريعة الغراء يكون حيث يتجاوز الحدود المتعارف عليها بين أهل مهنته ، سواء كان الخطأ الواقع منه جسيماً أو يسيرا ، لأن المعول عليه هو عدم تجاوز هذه الحدود التى لايقع فيها طبيب مثله. وبعبارة أخرى ، فإن العبرة هى ألا يكون منشأ الخطأ جهل أو تعد أو رعونة من جانب الطبيب ، وإلا فإنه لايضمن .

والشاهد على ذلك ما ورد فى العديد من فروع الفقهاء .

ومما ورد فى ذلك عن الحنفية " : سئل فى طبيب غير جاهل طلبت منه امرأة مريضة دواء لها شربته بنفسها فى بيتها ، فزعم ابنها أنه ازداد مرضها بالدواء المذكور ، وأن الطبيب يلزمه ديتها إذا ماتت من المرض المرقوم ، فهل لايلزمه شئ ولاعبرة بزعمه ؟ الجواب نعم . [٣]

---

(١) حاشية الطحطاوى على الدر المختار للعلامة أحمد الطحاوى ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م ، جـ ٤ ، ص ٢٦٠ .

(٢) عبد السلام التونجى : "مؤسسة المسئولية فى الشريعة الإسلامية" ط ١ ، سنة ١٩٩٤ ، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية ، ص ١٧٦ .

(٣) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ، جـ ٢ ، ص ٢٣٥ ، طبعة بولاق ١٢٧٠ هـ .

وجاء فى فروعهم كذلك أنه " لايضمن حجام ولابزاغ أو فصاد لم يتعد الموضع المعتاد ، لأنه التزمه بالعقد فصار واجباً ، والفعل الواجب لايجامعه الضمان ". (١)

وكذا ما ورد فى بعض كتب المالكية من أن الطبيب الحذق الذى يتجاوز أصول مهنته تقصيراً منه يجب تضمينه دون النظر إلى جسامة الخطأ الصادر عنه ، فقد ورد مانصه " ... كطبيب لم يجهل ، ولكن قصر ، كأن أراد قلع سن فقلع غيرها خطأ أو تجاوز بغير اختياره الحد المعلوم فى الطب عند أهل المعرفة ، كأن زلت أو ترامت يد خاتن أو سقى عليلاً دواءً غير مناسب للداء معتقداً أنه يناسبه وقد أخطأ فى اعتقاده ، فيضمن ماذكر فى ماله لأنه عمد لاقصاص فيه ". (٢)

ومما جاء عند الحنابلة فى ذلك ما ورد عن ابن قدامة الحنبلى من قوله " ولاضمان على حجام ولاختان ولاطبيب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم " (٣) ، فوفقاً لهذه العبارة ، لاضمان على الطبيب بشرطين ، الأول أن يكون حاذقاً عالماً بالطب غير جاهل به ، والثانى ألا يتجاوز الحد المعلوم (٤)، والعبارة ، على هذا النحو ، جاءت من العموم بحيث يستفاد منها أن يسير الخطأ وجسيمه يستويان فى تضمين الطبيب إذا تجاوز الحد المعلوم فى الطب .

نخلص مما تقدم إلى أن قيام مسئولية الطبيب لاتستلزم درجة معينة من الجسامة ، وهو مااتفق فيه الرأى الراجح لدى فقهاء القانون مع ما قرره فقهاء الشريعة الغراء .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى ، جـ ٥ ، ص ١٣٧ ، ط ٢ ، بيروت ، لبنان .

(٢) شرح الزرقانى على مختصر خليل ، للعلامة عبد الباقى الزرقانى على مختصر الإمام الجليل أبى الضياء خليل ، وبهامشه حاشية إمام المحققين الشيخ محمد البنانى ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٨ هـ ، ١٩٧٨ م ، جـ ٨ ، ص ١١٦ ، ١١٧ .

(٣) المغنى لابن قدامة ، جـ ٦ ، ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

(٤) محمد صلاح الدين : المرجع السابق ، ص ٣٤٤ .

المطلب الثانى
الخطـــأ الشخصى

٣٩- تقســيم :

يقتضى بحث المشكلات التى تثور فى نطاق الخطأ الشخصى للطبيب أن نعرض أولاً لمشكلة التمييز بين الخطأ والغلط ، وثانياً لمشكلة إخلال الطبيب بحق المريض فى الرضاء المتبصر ، ووفقاً لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نعالج فيهما تباعاً هاتين المشكلتين على النحو التالى :

الفرع الأول : مشكلة التمييز بين الخطأ والغلط .

الفرع الثانى : إخلال الطبيب بحق المريض فى الرضاء .

الفرع الأول
مشكلة التمييز بين الخطأ والغلط

٤٠-جهود الفقه القانوني والقضاء في التمييز بينهما :

محل البحث هنا هو بيان أحد جوانب المشكلة والذى يؤثر فى قيام أو استبعاد مسئولية الطبيب ، وهذا الجانب يتعلق بتمييز الخطأ الذى يترتب على توافره قيام المسئولية ، وذلك لما ينطوى عليه من قصور فى الأصول الفنية للطب عن مجرد الغلط الذى لا يثير أية مسئولية للطبيب حيث أنه يتصور وقوعه فى مرحلة التشخيص ، وذلك فى ظل تقدم وتعدد أساليب التشخيص . (١)

وبعبارة أخرى ، فإن هذه المشكلة تتعلق بمعيار الخطأ الطبى ، أى تقدير مسلك الطبيب فى ضوء الظروف الخارجية التى أحاطت به . (٢)

فالخطأ سلوك لا يصدر عن شخص فطن حذر واع بالتزاماته ، فى حين أن الغلط لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو. وفى هذا المعنى ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن " الطبيب يسأل عن كل تقصير لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى ، وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول " . (٣)

---

(1) Odile Péré-Vergé Finon : " Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale ", thèse,1972,p. 67.

(٢) محمد عبد القادر العبودى : " المسئولية المدنية لطبيب التخدير " رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ، سنة ١٩٩٢ ، ص ١١٩ .

(٣) نقض مدنى ٢١ / ١٢ / ١٩٧١) مجموعة أحكام النقض ١٧٩ ــ ١٠٦١ ــ ٢٢ (مشار إليه عند عدلى خليل " الموسوعة القانونية فى المهن الطبية " دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٨٩ ، ص ١٥٠ .

فالطبيب يعمل - قدر طاقته - فى ظل العديد من الإ حتمالات - التى لا يقدرها المريض - والتى لا يكون لأى منها درجة اليقين لتحقيق أفضل النتائج للمريض ، غير أنه لا يحول دون وقوعه فى الغلط حرصه على عدم حدوث ذلك ، فهذا الغلط يكاد يكون ملازما لممارسة العمل الطبى ملازمة حتمية يتعذر معها القول بمسئولية الطبيب عند وقوع ذلك الغلط . (١)

غير أنه ليس من اليسير معرفة ما إذا كان الطبيب خلال قيامه بالفحص حذرا ومتيقظا أم لا (٢) ولذلك فإنه ليس من العدالة أن يعتبر كل غلط خطأ تقوم به مسئولية الطبيب ، إذ أن مثل هذه النظرة تفضى إلى وضع مزعج للأطباء ، ويؤثر عليهم حال تأديتهم لعملهم (٣) ، هذا فضلا عن أنه من غير المنطقى أن نطلب من كافة الأطباء نفس الموهبة ونفس الملكة ونفس المقدرة ، فى مجال يبدو فيه الفن الطبى غاية فى الإشكال والتعقيد . (٤)

فالتمييز بينهما بقدر ما هو ضرورى بقدر ما هو دقيق ، إذ ليس بوسع أى من القاضى أو المريض أن يحدد ذلك ، وإنما . للطبيعة الفنية للعمل الطبى . يقرر ذلك الخبراء أى الأطباء أنفسهم (٥) ، وتلك الصعوبة هى التى تفسر رفض محكمة النقض الفرنسية - فى بعض الأحيان - التمييز بينهما ، واعتبارها أن مسلك الطبيب وإن كان لا يمثل خطأ وإنما مجرد غلط إلا أن قيام السببية بين هذا الأخير وبين الضرر الذى أصاب المريض كافيا لتحقق مسئوليته .

ففى دعوى تتلخص وقائعها فى قيام جراح بإ جراء جراحة لاستئصال ورم فى أذن أحد المرضى ، نتج عن هذه الجراحة أن أصيب هذا المريض بشلل نصفى فى الوجه نتيجة

---

(1) Finon : op. cit., p. 65.

(٢) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٢١١ .

(3) Finon : op. cit., p.69.

(٤) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٢١١ .

(5) Tunc : " Assurance tous risques médicaux " publiée dans un ouvrage " le medecin face aux risques et à la responsabilité " p. 164

عمل الجراح فى أحد أعصاب الوجه والتى تتشابه إلى حد المماثلة مع أعصاب الأذن .

ذهبت المحكمة ، بناءً على ذلك ، إلى " أن مسلك الجراح فى الإستعانة بالوسائل الفنية التى لجأ إليها لا يمكن أن يوصف بالخطأ وإنما مجرد الغلط ، غير أن هذا الأخير لا يمنع من قيام مسئوليته " . (١)

و ذلك هو ما يؤيده البعض من أن كل غلط يجب أن يعتبر خطأ تقوم به مسئولية الطبيب ، وذلك لأنه عند الموازنة بين مصلحة مرتكب الضرر (الطبيب) وبين المضرور (المريض) فلابد أن تقدم مصلحة هذا الأخير. (٢)

فالقاضى يضع فى اعتباره أولاً الأضرار التى لحقت بالمريض ولوكانت نتيجة مجرد غلط من جانب الطبيب . (٣)

ويرجع ذلك إلى أن مفهوم الخطأ ذاته مفهوم مرن لا ينفك عن الظروف المحيطة به يتغير بتغيرها ، لذلك فإن تقديره يتفاوت من قاض لآخر. (٤)

ويترتب على القول بعدم ثبات مفهوم الخطأ ، أن الحكم على مسلك الطبيب ، وكونه يندرج تحت وصف " الخطأ " الموجب للمسئولية ، أو على العكس يقتصر عند حد" الغلط العلمى " المغتفر، لا يمكن الفصل فيها إلا بالرجوع إلى كل ظرف مستعينين فى ذلك بالسوابق القضائية المشابهة ، مع بقاء سلطة البت النهائى لتقدير قاضى الموضوع .

---

(1) Cass. civ. 1re,5 nov.1985,D.1987,3e cahier,somm. comm.,p. 26
(2) Tunc : op. cit. p. 168 .
(3) Jean Penneau :" La réforme de la responsabilitémédicale : responsabilité ou assurance " R.I.D.C. no. 2,avr. - jui. 1990,p. 532
(4) Vernon Palmer : " Trois principes de la responsabilité sans faute " R.I.D.C. no. 4, oct. - déc. 1987,p. 833 .

ويزيد من دقة هذه المشكلة اختلاط وتشابه الكثير من الأعراض المرضية [1] ، أو إنتهاج الطبيب مسلكاً دون آخر فى الحالة المعروضة عليه حين تكون مثل هذه الحالة مثاراً للخلاف العلمى بين الأطباء ، غير أنه فى مثل هذه الأحوال لا يكون الطبيب قد أخطأ إذا لم يصادفه التوفيق فى تشخيص المرض . [2]

ولكن لا يعنى ذلك أن كل غلط فى التشخيص ، بالغاً ما بلغ ، يغتفر للطبيب أو الجراح [3] ، وإنما ذلك مشروط بأن يتصرف كما يتصرف الطبيب العالم بأصول مهنته ، وأن يلجأ إلى كل الوسائل الممكنة التى تساعده فى التشخيص [4]، وقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على استبعاد مسئولية الطبيب أو الجراح على أساس انتفاء الخطأ فى جانبه فى كل حالة يبين منها أنه استعان بكل المعطيات والوسائل العلمية المتاحة حال قيامه بعمله .

ومن ذلك ما ذهبت إليه تلك المحكمة من عدم نسبة أى خطأ أو حتى مجرد غلط إلى الجراح ما دام أن التطور المفاجئ فى حالة المريض لم يكن على النحو المعتاد فى مثل هذه الحالات ، ولم يقع من الجراح أى اهمال فى تقصى الأصول والإمكانيات الطبية .

وتتلخص وقائع تلك الدعوى فى قيام جراح بإجراء عملية ولادة طبيعية لسيدة كانت حاملاً فى تؤام ، وتمت ولادة الطفل الأول بدون صعوبات ، غير أن تطوراً مفاجئاً فى حالة تلك السيدة قد حدث فى اللحظات الأخيرة لوضع طفلها الثانى ، وقد فرض هذا التطور على الطبيب أن يتخذ قراراً سريعاً بإجراء جراحة قيصرية لها ، غير أن الوفاة قد عاجلتها فى تلك اللحظات .

(١) وديع فرج : المرجع السابق ، ص ٤٢٤ .

(٢) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٢١٣ .

(٣) وديع فرج : المرجع السابق ، ص ٤٢٥ .

(٤) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٢١٢ ، وفى ذات المعنى : الأبراشى ، المرجع السابق ، ص ٢٦١ .

رفع ورثة تلك السيدة دعوى تعويض على الجراح ، غير أن هذه الدعوى قوبلت بالرفض من محكمة الموضوع ، وتأيد هذا الحكم من محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٤ نوفمبر ١٩٨٧ ، وقد أكدت المحكمة فى هذا الحكم على أن " الغلط فى التشخيص لا يشكل خطأ تنهض به مسئولية الطبيب ما دام أنه لا يكشف عن اهمال أو رعونة من جانب هذا الأخير" .

وقد أقامت المحكمة هذا الحكم على أساس أن الصعوبات المصاحبة لمرحلة التشخيص والتى تتعلق باختيار العلاج الأمثل أو التدخل الجراحى الأفضل لا تسمح باعتبار الغلط خطأ تقوم به مسئولية الطبيب [1] ، وعلى العكس من ذلك قضت محكمة النقض، فى حكمها الصادر ١٦ يوليو ١٩٩١ بمسئولية الطبيب الذى لم يأخذ بالوسائل العلمية المتاحة ، واعتبرت ذلك من قبيل الخطأ فى التشخيص .

وكان ذلك بمناسبة دعوى ترجع وقائعها إلى مايو ١٩٧٨ حين قامت سيدة حامل بعرض نفسها على أحد الأطباء لإجراء بعض الفحوص اللازمة ومتابعة حالتها أثناء الحمل ، غير أن هذا الطبيب أغفل اجراء أحد الفحوص على الرغم من أن هذا الفحص - بالتحديد - إجبارى ، وذلك لأنه يسمح بتحديد ما إذا كان استمرار الحمل من شأنه تعريض الجنين لبعض المخاطر أم لا ، وبالتالى يتيح للطبيب فى هذه الحالة اتخاذ القرار المناسب بإنهاء هذا الحمل .

تبين بعد ذلك أن هذه السيدة تعانى من بعض الحساسية التى نتج عنها حين وضعت طفلها أن جاء هذا الطفل مصابا بالعديد من الأمراض و التشوهات الخلقية ، الأمر الذى دعا المحكمة إلى أن تقضى بحكمها المتقدم . [2]

ويمكن القول أن القضاء سواء فى مصر [3] ، أو فى فرنسا [4] ، يستعين فى تقدير

(1) Cass. civ.1re,24 nov. 1987,D.1987,3e cahier,somm. comm.,p. 61 .
(2) Cass. civ.1re,16 juill. 1991,Bull. civ.no. 248,p. 162 .
(٣) فقد ذهبت محكمة استئناف مصر فى حكمها الصادر ٢ / ١١ / ١٩٣٦ ، والمنشور بمجلة المحاماة س ١٦ ، ص ٧١٣ إلى أنه : "وجب لتقدير معيار الخطأ بالنسبة للأطباء الأخصائيين وجوب استعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيراً ، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن من واجبهم الدقة فى التشخيص والإعتناء وعدم الإهمال فى المعالجة " .
(4) Paris, 17 juin 1988, D. 1988, inf. rap., p. 497, obs. Panneau .

سلوك الطبيب بمدى تخصصه ، فلا يعتبر الغلط فى التشخيص خطأً تقوم به مسئولية الممارس العام ، فى حين أنه يتشدد مع الأخصائى [(١)] ، فيعتبر ذات الفعل إذا وقع منه خطأً تتحقق به المسئولية . [(٢)]

وهكذا فإن مسألة التمييز بين الخطأ الموجب للمسئولية ، وبين الغلط المغتفر لا تخلو من صعوبة ، وإن كانت ترجع أساساً كما يذهب البعض [(٣)] - بحق - إلى قياس درجة الخطأ وفقاً لمعيار " طبيب من أواسط أمثاله " . [(٤)]

٤١ - معيار التمييز بين الخطأ (التعدى) والغلط العلمى فى الفقه الإسلامى :

لايختلف الفقه القانونى عن الفقه الإسلامى فى الإعتداد بمعيار " طبيب من أواسط أمثاله " كأساس لقياس درجة الخطأ ، وفى ذلك يقول الإمام الشافعى رضى الله عنه " أمر الرجل أن يحجمه أو أن يختن غلامه أو أن يبطر دابته فتلفوا من فعله ، فإن كان فعل مايفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلاضمان عليه ، وإن كان فعل مالايفعله مثله ممن أراد الصلاح ، وكان عالماً به فهو ضامن " . [(٥)]

---

(١) " فالتخصص وإن كان صفة تدل على زيادة العلم — وهو أمر باطنى — إلا أنها صفة خارجية من حيث أنها ظاهرة للملأ وتحمل الناس على زيادة الثقة بالطبيب الأخصائى ، فيقارن تصرفه بمسلك طبيب أخصائى مثله ، ويحاسب عن كل ما يعتبر مكن الأخصائى خطأ ولو كان يسيرا ، وإن كان وقوعه من طبيب غير أخصائى لا يعتبر خطأ ، وهنا وجه التشدد فى تقدير خطأ الأخصائى " انظر : سليمان مرقس " تعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية " منشورة بكتاب " بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية وموضوعات أخرى " جمع هدى النمير ، مطبعة السلام ١٩٨٧ ، ص ٣٣٦ .

(2) Noel-Jean Mazen : " La responsabilité médicale " I.N.C. hebdo. no. 836, 26 nov. 1993, p. 7 .

(٣) سهير منتصر : " المسئولية المدنية عن التجارب الطبية فى ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء " دار النهضة العربية ١٩٩٠ ، ص ٩٤ .

(٤) العبودى : المرجع السابق ، ص ١١٩ . وهو ماقررته محكمة النقض المصرية بقولها : " إن واجب الطبيب فى بذل العناية مناطه مايقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودرايةً فى الظروف المحيطة به أثناء عمله " نقض مدنى ٢ مارس ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض س ١٧ ، رقم ٨٨ ، ص ٦٣٦ .

(٥) الأم للإمام الشافعى (محمد بن إدريس الشافعى) ، دار الغد العربى ، ط ١ ، سنة ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م ، جـ ٦ ، ص ٢٥٥ .

فقوله رحمه الله " فإن كان فعل ما يفعل مثله ... عند أهل العلم بتلك الصناعة فلاضمان " يفيد الإعتداد بما اعتاده وجرى عليه أهل مهنة معينة من سلوك ، كمعيار يقاس عليه سلوك المدعى عليه – الطبيب – بالتعويض . وكلمة " مثله " تفيد الإعتداد بالمستوى المهنى للطبيب – وغيره من أصحاب المهن – ومقارنة مسلكه بمسلك طبيب آخر من نفس مستواه الفنى .(١)

وترتيباً على ذلك ، يمكننا القول إنه لامحل لتضمين الطبيب مادام قد التزم مسلك من هم فى مثل مستواه ، ولم يأت مسلكاً ينم عن جهل بين بأصول المهنة ، ولذلك فإن مجرد صدور غلط عنه فى تشخيص المرض أو مباشرة العلاج نتيجة ترجيحه رأياً دون آخر فى عمله لايكفى لتضمينه .

يشهد لذلك ما أورده الإمام ابن عابدين الحنفى فى حاشيته من أنه " سئل محمد نجم الدين عن صبية سقطت من سطح فانفتح رأسها ، فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها تموت . وقال واحد منهم : إن لم تشقوه اليوم تموت ، وأن أشقه وأبرئها ، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين ، هل يضمن ؟ فتأمل ملياً ثم قال : لا إذا كان الشق بإذن وكان الشق معتاداً ، ولم فاحشاً خارج الرسم ، أى العادة ، فلو بدون إذن فالظاهر القصاص .قيل له : فلو قال : إن ماتت فأن ضامن هل يضمن ؟ قال : لا ولم يعتبر شرط الضمان لأن العلة كونه غير مقدور عليه " .(٢)

كما يشهد لذلك ايضاً عبارة الإمام ابن قيم الجوزية ، حين قسم الأطباء إلى خمسة أقسام (٣) ، فنجده يذكر أحدها " طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده فتولد من فعله المأذون من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة

---

(١) عبد الراضى هاشم : المرجع السابق ، ص ٩٢ .

(٢) حاشية رد المحتار ، جـ ٥ ، ص ٥٦٧ .

(٣) حيث قال : " الأقسام الخمسة أحدها : طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ، و لم تجن يده ، فتولد من فعله المأذون من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة ، فهذا لاضمان عليه اتفاقا ، فإنها سراية مأذون فيه ...

فهذا لاضمان عليه فإنها سراية مأذون فيه " [1] ، فهذا الطبيب باشر العلاج وفق أصول الصنعة ، وحسب اجتهاده فى طريقة العلاج ، ولم يكن جاهلاً بالطب ، فلاضمان عليه إذا أصاب المريض تلف أو هلاك .

ولعل فى القسم الرابع للأطباء - حسب تقسيم ابن قيم الجوزية - بياناً أوضح لضرورة الفصل بين الخطأ وبين مجرد الغلط العلمى الناتج عن الإجتهاد ، فهو يقول فى هذا القسم " الطبيب الحاذق الماهر بصناعته ، اجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ فى اجتهاده فقتله ، فهذا يخرج على روايتين ، إحداهما : أن دية المريض فى بيت المال ، والثانية أنها على عاقلة الطبيب " [2]، والمستفاد من هذه العبارة أن وقوع الطبيب الحاذق فى غلط علمى نتيجة اجتهاده ، يرفع عنه الضمان وفقاً لإحدى الروايتين الواردتين .

حاصل القول ، أن مسئولية الطبيب تقوم عن خطئه الذى يكشف عن جهله بأصول صنعته دون ماقد يصدر عنه من غلط علمى ، ولاخلاف فى ذلك بين الفقه القانونى والفقه الإسلامى .

- القسم الثانى : متطبب جاهل باشرت يده من يطبه فتلف به ، فهذا إن علم المجنى عليه أنه جاهل لاعلم له وأذن له فى طبه لم يضمن .
القسم الثالث : طبيب حاذق أذن له وأعطى الصنعة حقها ، لكنه أخطأت يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه ، مثل أن سبقت يد الخاتن إلى الكمرة فهذا يضمن لأنها جناية خطأ .
القسم الرابع : الطبيب الحاذق الماهر بصناعته اجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ فى اجتهاده فقتله ، فهذا يخرج على روايتين إحداهما : أن دية المريض فى بيت المال . والثانية : أنها على عاقلة الطبيب . وقد نص عليهما الإمام أحمد فى خطأ الإمام والحاكم .
القسم الخامس : طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة ـــ وهى زيادة تحدث فى البدن كالغدة تتحرك إذا حركت ـــ من رجل أو صبى أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه أو ختن صبيا بغير إذن وليه فتلف ، فقال أصحابنا : يضمن لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه ، وإن أذن له البالغ أو ولى الصبى والمجنون لم يضمن ، ويحتمل ألا يضمن مطلقا لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل " انظر : زاد المعاد لابن قيم الجوزية ، جـ ٣ ، طبعة النور الإسلامية ، ص ١٦٦ وما بعدها .

(١) المرجع السابق ، ص ١٦٦ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٦٧ .

الفرع الثانى
اخلال الطبيب بحق المريض فى الرضاء المتبصر

٤٢- مفهوم التزام الطبيب بتبصير المريض :

سبق القول إن من الحالات التى يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة حالة إلتزامه بتبصير المريض والحصول على رضائه ، وأن خطأ الطبيب فى الإخلال بهذا الإلتزام - بالتالى - يكون خطأ مفترضا ، لاينتفى مالم يثبت عكسه ، وذلك بأن يثبت أن علاج المريض لم يتم إلا بعد تبصيره والحصول على رضائه .

وهذا الإلتزام ينصرف مضمونه إلى إخطار المريض بطبيعة التدخل العلاجى المقترح ونوعيته [١]، وكذلك المخاطر المتوقعة لهذا التدخل الطبى سواء كان علاجياً أم جراحياً .[٢]

ونظراً للطبيعة الإحتمالية للعمل الطبى ، فإن تبصير المريض تبصيراً تاماً بفرص شفائه ، وكذلك بكافة المخاطر التى قد تقع له أمر مستحيل [٣] ، ولذلك يكتفى القضاء فى المعلومات التى يجب على الطبيب أن يحيط بها مريضه أن تكون بسيطة وتقريبية ، على أن تكون صادقة [٤] ، فتلك المعلومات يجب أن تأتى فى عبارات مبسطة ، بلغة مفهومة بعيدا عن المصطلحات العلمية المعقدة التى يستعصى فهمها على غير المتخصصين فى الطب [٥] .

ومن الثابت أن الطبيب لا يلتزم إلا بإحاطة المريض بالمخاطر المتوقعة عادة ، دون المخاطر الإستثنائية [٦] ، حيث يجوز للطبيب أن يحتفظ بهذه الأخيرة [٧] ، يستثنى

---

(١) سهير منتصر : " الإلتزام بالتبصير " ص ١٧١ ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ .

(2) Finon : op. cit., p. 110 .

(3) Gosset : 2e congre internationnal de morale médicale, 1996, tome. I, p. 282 .

(4) Cass. civ., 1re, 5 mai 1981, Gaz. Pal. 1981, II, somme., p. 352 .

(٥) على نجيدة : " إلتزامات الطبيب فى العمل الطبى " ص ١٣١ ، دار النهضة العربية ١٩٩٢ .

(6) Cass. civ., 23 mai 1973, Bull. civ., I, no. 181, R.T.D.C.. 1974, p. 618, obs. Durry .

(7) J. Penneau : " La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance " R.I.D.C., avr. juin 1990, p. 530 .

من ذلك ، حالة جراحة التجميل ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم حديث لها فى ١٧ فبراير ١٩٩٨ ، بأنه " فى مجال جراحة التجميل ، الإلتزام بالتبصير لا يكون بالنسبة للمخاطر الجسيمة فحسب ، وإنما كذلك بالنسبة لأية مخاطر اياً كانت نسبة وقوعها " . (١)

وإذا كان الأصل أن تبصير المريض يقتصر على اعلامه بالمخاطر العادية ، إلا أن بعض التشريعات (٢) ، تستلزم شرح كافة المخاطر المحتملة ولو كانت استثنائية ، كما تستلزم تشريعات أخرى (٣) ، أن يكون المريض عالماً بالمدة التى يستغرقها علاجه ، بل إن علم المريض وحده لا يكفى - فى تشريعات ثالثة (٤) - وإنما يشترط توافر هذا العلم لدى أسرته حيث يكون المريض - فى الغالب - فى حالة صحية لا تسمح له باتخاذ قرار قبول العلاج وحده . (٥)

وعلى الرغم من أن محكمة النقض الفرنسية تشترط - فيما يتعلق بمخاطر التدخل الجراحى - فى المعلومات التى يدلى بها الطبيب إلى المريض أن تكون شاملة (٦) ، إلا أنه لا يجب على الطبيب أن يدلى بالمعلومات على هذا النحو إذا كان هناك خطر من الكشف عنها ، وهى مهمة صعبة على الطبيب أن يقدم للمريض المعطيات الأساسية للمشكلة ، والتى تتيح له عناصر محددة للإ ختيار . (٧)

فحق المريض فى معرفة الحقيقة يفترض أهليته لتقبل نتائجها ، دون أن يسبب له ذلك ضرراً أكثر فداحة .

---

(1) Cass. Ire civ., 17 Févr. 1998, R.C.A. no. mai., 1998, p.16.

(٢) اليونان .

(٣) الدانمارك .

(٤) سويسرا .

(5) Gilbert Thibault : " Responsabilité médicale dans le mond " Con. Méd., 21 avr. 1990, p. 1357 .

(6) Cass. civ., Ire 9 mai 1983, D. 1984, note Panneau, p. 121 .

(٧) عبد الرشيد مأمون : " عقد العلاج بين النظرية والتطبيق " دار النهضة العربية ١٩٨٦ ، ص ١٩ .

إن ضعف بعض المرضى يجعل كشف الحقيقة لهم سبباً لتفاقم حالتهم ، فإذا كان الأمر كذلك فإن الطبيب يستطيع أن يلجأ إلى التحفظ الذهنى ، ولا يكشف تشخيصه إلا للأسرة . (١)

أما رضاء المريض بالعلاج ، فلا يقصد به مجرد الإيجاب الصادر منه إلى الطبيب والذى كون العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب ، بل هو رضاء خاص يتطلبه الفقه والقضاء من المريض متى الطبيب اجراء علاج له . (٢)

ويمثل مبدأ " الرضاء المتبصر للمريض "جانباً من أكثر الجوانب الأساسية للحرية الشخصية (٣) ، وهو حق الريض فى عدم المساس بجسده إلا بإذنه ، بحيث لا يصدر هذا الأخير إلا عن بينة . (٤)

ولذلك يجب أن يكون هذا الرضاء - فى غير حالات الإستعجال - مسبقاً وحراً وصريحاً ، فالمريض ليس محلاً للعقد ، وإنما طرف فيه . (٥)

غير أن استلزام توافر هذا الرضاء لا يعنى أنه يضفى - وحده - المشروعية على العمل الطبى ، إذ لابد مَن أن يكون هذا الأخير مستهدفاً تحقيق غاية علاجية نافعة للمريض . (٦)

---

(1) Savatier : " Traité de droit médicale ", 1954, p. 245 .

(٢) وديع فرج : " مسئولية الأطباء والجراحين المدنية " مجلة القانون والإقتصاد ، ع ١ س ١٢ ، سنة ١٩٤٢ ، ص ٤٢٧ .

(3) H. Anry : " La responsabilité civile médicale ", 1974, p. 331 .

(4) Sophie Gromb : " De l'influence de consumérime sur l'humanisme médicale " Gaz. Pal. 14 - 16 juill. 1996, p. 27 .

(5) Baptiste Rusconi : " Responsabilité civile et assurance de la profssion médicale " R.G.A.T., 1988, p. 661 .

(٦) وإذا كانت الغاية العلاجية هى القيد لإضفاء هذه المشروعية ، إلا أن هذا القيد قد فقد الكثير من قيمته سواء فى الواقع العملى أو من جانب المشرع نفسه :

أ) فمن حيث الواقع العملى نجد أن هناك بعض الحالات الطبية مشروعة رغم أنها تفتقر إلى تلك الغاية العلاجية ، وإن كانت تجرى فقط لتحقيق مصلحة ما ، ومثال ذلك جراحة التجميل .

ب) وأما من جانب المشرع نفسه ، فقد اكتفى فى العديد من التشريعات برضاء المريض فقط لاعتبار العمل الطبى مشروعا على الرغم من عدم وجود فائدة علاجية مباشرة للشخص نفسه ، ومن أمثلة ذلك : ١ ـــ الوقف الإرادى للحمل " الإجهاض الإختيارى " وذلك خلال العشرة أسابيع الأولى من الحمل (المادة ١٦٢ / ١ من قانون الصحة العامة) ، ٢ ـــ استئصال أعضاء بغرض زرعها (القانون رقم ١١٨١ / ٧٦ الصادر فى ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ ، والقانون رقم ٥٠١ / ٧٨ الصادر فى ٣١ مارس ١٩٧٨) ، ٣ ـــ التجارب الطبية (المادة ٢٠٩ / ٩ من المرسوم ١١٣٨ / ٨٨ الصادر فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ انظر J. Penneau المرجع السابق ، ص ٥٣١ .

٤٣ - ضرورة الحصول على إذن المريض وتبصيره فى الفقه الإسلامى :

لاخلاف بين الفقه القانونى والفقه الإسلامى فى استلزام رضاء المريض بالعلاج ، فلا يكون هناك محل لتضمين الطبيب مادام قد التزم الحدود المرسومة وكان مأذونا [(١)]، يقول الإمام الشافعى " والوجه الثانى الذى يسقط فيه العقل - أى الدية - أن يأمر الرجل به الداء الطبيب أن يبط - أى يشق - أو الأكلة - أى الحكة - أن يقطع عضوا يخاف مشيها إليه ، أو يفجر له عرقا ، أو الحجام أن يحجمه ... فيموت شيئ من هذا فلاعقل ولامأخوذية إن حسنت نيته إن شاء الله ، لأن الطبيب والحجام إنما فعلاه للصلاح بأمر المفعول " . [(٢)]

---

(١) وقد اختلف الفقهاء بخصوص مسألة حصول التلف من فعل مأذون فيه وآخر غير مأذون فيه ، ويمكن الوقوف على هذا الإختلاف من خلال فروعهم التالية .

أ ـــ الحنفية : ذكر فقهاء الحنفية هذه المسألة فى فرعين لهم ، الأول : " إذا أمر ختانا ليختن صبيا ففعل الختان ذلك ، فقطع حشفته ومات الصبى من ذلك ، فعلى عاقلة الختان نصف الدية وإن عاش فعلى عاقلته كلها ، لأن الموت حصل بفعلين : أحدهما مأذون فيه وهو قطع الغلفة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة ، فيجب نصف الضمان ، وأما إذا برئ جعل قطع الجلدة وهو مأذون فيه كأن لم يكن ، وقطع الحشفة غير مأذون فيه ، فوجب ضمان الحشفة كاملا وهو الدية(انظر :حاشية رد المحتار على الدر المختار ، جـ ٦ ، ص ٦٢٤ ، ط ٢ ، ١٩٦٦ ، مطبعة الحلبى) الثانى : جرح صبيا بسكين فى بطنه فظهر بعض أمعائه ، فجئ له بمن يخيط له الجرح ويرد الأمعاء ، فلم يمكنه ذلك إلا بتوسيع الجرح ، فأذن له أبو الصبى بذلك ففعل ، ثم مات فى تلك الليلة ، فينبغى أن تجب نصف الدية على الجارح فى ماله ، لأن الفعل الآخر مأذون به فكان هدرا (حاشية رد المحتار ، المرجع السابق ، ص ٥٣٨) .

ب ـــ المالكية : جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير " إذا ادعى الحجام قلع ضرس أذن له فيه ونازعه ربه ، وقال : بل قلعت غير المأذون فيه ، يصدق الحجام ، ويحلف المتهم دون غيره ، وله المسمى لاأجرة المثل خلافا لسحنون حيث قال : إن كلا منهما مدع ومدع عليه فيتحالفان ويكون للحجام أجرة مثله لا التسمية . وإن صدق الحجام من نازعه فى أن المقلوع غير المأذون فيه فلا أجر له ، وعليه القصاص فى العمد والدية فى الخطأ ، والناب والسن كالضرس ، وخصه المصنف بالذكر لأن الغالب وقوع الألم فيه (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ، جـ ٤ ، ص ٢٩ ، طبعة إحياء الكتب العربية) .

جـ ـــ الشافعية : جاء فى مغنى المحتاج " من حجم غيره أو فصده بإذن معتبر ، كقول حر مكلف لحاجم ، احجمنى أو افصدنى ، ففعل وأفضى للتلف لم يضمن ما تولد فيه ، وإلا لم يفعله أحد ، هذا إن لم يخطئ ، فإن أخطأ ضمن (مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٢٠٢ ، طبعة مصطفى الحلبى ١٩٥٨ م) .

د ـــ الحنابلة : جاء فى المغنى " إن ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير إذنه أو من صبى بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن ، لأنه قطع غير مأذون فيه ، وإن فعل ذلك الحاكم أو وليه أو فعله من أذنا له لم يضمن ، لأنه مأذون فيه شرعا " (المغنى والشرح الكبير ، جـ ٦ ، ص ١٢١ ، طبعة دار الكتاب العربى) .

والمستفاد من هذه الفروع جميعا يمكن أن نحدده فى أمرين : الأول أنه لاضمان على الطبيب فى حالة حصول التلف بمأذون فيه دون تعد أو تقصير ، وإلا امتنع الناس عن تعاطى مهنة الطب مع الحاجة إليها . الثانى وجوب الضمان على الطبيب فى حالة حصول التلف بفعل غير مأذون فيه ، أو بمأذون فيه مع التعدى .

(٢) الأم للشافعى ، جـ ٦ ، ص ١٦٨ .

فعدم تضمين الطبيب والحجام ، وفقاً لعبارة الشافعى - رحمه الله تعالى - لأن ايا منهما لم يباشر علاج المريض إلا بإذنه .

وإذن المريض يجب أن يكون عن تبصر وبينة ، بأن يقدم له الطبيب كافة المعلومات المتعلقة بعلاجه - على ماأوضحنا - ، إذ لايكون رضاء المريض ذا مضمون إلا إذا كان قد أحيط علماً بحقيقة حالته ونوعية العلاج وطبيعة مخاطره ، وهو مايتفق مع الأصول والقواعد العامة فى الفقه الإسلامى التى تقضى بوجوب وفاء العقود . (١)

٤٤ - المشكلات التى تثور بخصوص التزام الطبيب بتبصير المريض :

يثير التزام الطبيب بتبصير المريض العديد من المشكلات ، وأول هذه المشكلات أن الطبيب يجد نفسه أمام التزامات متعارضة ، فمن ناحية ، يجب عليه أن يبذل لمريضه العناية اللازمة فى العلاج ، وفى سبيل ذلك ، فإن رابطة من الثقة يجب أن تقوم بينه وبين المريض ، وهذه الرابطة ، من ناحية أخرى ، تفرض عليه ألا يقدم على هذا العلاج قبل أن يبصر المريض للحصول على رضائه ، ولكن يقف عقبة أمام الطبيب فى سبيل ذلك ، صعوبة استيعاب المصطلحات الفنية من جانب المريض . (٢)

غير أن هذه المشكلة لا تثور إلا فى حالة علاج المريض لدى طبيبه الخاص حيث تكون بينهما علاقة مباشرة ، أما فى حالة تلقى المريض علاجه فى مستشفى - سواء كان عام أو خاص - فلا يكون هناك محل لهذه المشكلة ، حيث يتلاشى قدر كبير من إرادة المريض لتعاقب العديد من الأطباء على علاجه ، وتختفى صورة العلاقة الخاصة بينه وبين طبيبه الخاص ليحل محلها تنظيم إدارى يضع المريض فى إطار صارم . (٣)

والمشكلة الثانية - والدقيقة - التى يثيرها مبدأ " الرضاء المتبصر " هى اثبات خطأ الطبيب فى حالة اخلاله بالإلتزام بهذا المبدأ ، ويمكن القول أن هذه المشكلة ذات طابع

---

(١) عبد الراضى هاشم : المرجع السابق ، ص ٢٢ .

(2) H. Anry : op. cit., p. 332 .
(3) Ibid., p. 332 .

مزدوج ، فهى تتعلق ، من ناحية ، بتحديد من يقع عليه عبء هذا الإ ثبات ، ومن ناحية أخرى ، بتحديد قيمة الدليل الكتابى كوسيلة لهذا الإثبات .

٤٥- أولا : تحديد من يقع عليه عبء إثبات توافر " الرضاء المتبصر " :

استقر قضاء النقض الفرنسى [١] - لفترة طويلة وإلى وقت قريب - على إلقاء عبء الإ ثبات على عاتق المريض ، وذلك منذ حكم ٢٩ مايو ١٩٥١ الذى صدر بخصوص الطعن فى حكم محكمة " انجيه " الصادر فى ٤ مارس ١٩٤٧ ، وقد قررت محكمة النقض فى هذا الحكم .وعلى عكس ما قضت به محكمة الموضوع . أن عبء إثبات توافر الرضاء المتبصر يقع على عاتق المريض . [٢]

والحقيقة أن هذا الحكم من محكمة النقض الفرنسية يعد تشدداً منها تجاه المريض الذى كان لزاماً عليه ، بمقتضى هذا الحكم ، أن يثبت واقعة سلبية مؤداها أنه لم يصدر عنه رضاء يجيز للطبيب المساس بجسده ، ولا شك فى صعوبة اثبات مثل هذه الواقعة السلبية ، خاصة وأنه الطرف الضعيف فى علاقته بالطبيب . [٣]

ومما يضاعف من صعوبة مهمة المريض أمران :

الأول : ويتمثل فيما يواجهه من صمت من جانب الطبيب ومعاونيه ، وذلك استناداً إلى التزامهم بالمحافظة على السر المهنى الذى يقتضى منهم عدم الكشف عن أى معلومة عن المرض أو العلاج تكون قد وصلت إلى علمهم من خلال المريض أو نتيجة عملهم وعلاجهم له.

---

(1) Cass. civ., 7 juill. 1964, D. 1964, p. 625 ; cass. civ. 11 mai 1966, D. 1966, p. 266 ; cass. civ. 8 oct. 1974, Gaz. Pal., 1974, I, p. 273, note Doll .
(2) cass. civ. 29 mai 1951, J.C.P. 1951, II, 6421, note Perrot .
(٣) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٧٦ .

الثانى : ويتمثل فى صعوبة الإستعانة بالخبراء الذين يواجهون - مثلهم مثل المريض فى ذلك - بتمسك الطبيب بالسر المهنى - ومع ذلك فالخبير عليه أن يبحث - قدر استطاعته - فى الظروف التمهيدية المتعلقة بالإعداد للعمل الطبى ، وما تلا ذلك من اجراءات ، مع التركيز على الإ عتبارات التى أوحت بالتدخل وقبوله وتنفيذه .(١)

وعلى كل حال ، فإن القاضى يفصل فى الأمر متمتعا بسلطة تقدير أدلة الإثبات التى يستعين بها المريض - الذى يكون له الحق فى اللجوء إلى كافة طرق الإثبات - فى اثبات ما يدعيه .

ولاشك فى أن محكمة النقض - فى هذا الحكم - لم تتجاوز تطبيق القواعد العامة التى تقضى - وفقا للمادة ١١٤٧ مدنى فرنسى - بأن عبء الإ ثبات يقع على عاتق من يدعى عدم التنفيذ ، وتأسيسا على ذلك فإن المريض ، إذ يدعى عدم تنفيذ الطبيب هذا الإلتزام ، عليه أن يثبت ذلك .

ولكن يثور التساؤل عن مدى صحة تأسيس محكمة النقض الفرنسية حكمها على القواعد العامة .

والذى يبدو - فى الحقيقة - أن تطبيق القواعد العامة غير ذى محل ، فمجال عمل تلك القواعد هو اثبات تنفيذ الإ لتزامات التعاقدية ، ولا شك أن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بإثبات رضاء المريض ، حيث يتعلق الأمر فى هذه الحالة الأخيرة بإثبات قيام العقد ذاته ، لا بإثبات تنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه .

وبعبارة أخرى ، فإنه فى حالة اثبات الخطأ الطبى فإن الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان الطبيب قد نفذ العقد الموجود من قبل بينه وبين المريض على نحو صحيح أم لا(٢) ، وهنا يكون تطبيق القواعد العامة هو الأمر المنطقى .

---

(1) Savatier note sous cass. civ. 29 mai 1951, D. 1952, p. 54 .

وانظر كذلك : عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٥٣ ، ١٧٦ ، محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٩٣ ، على نجيدة : المرجع السابق ، ص ١٣٣ .

(٢) على نجيدة : المرجع السابق ، نفس الموضع .

أما فى حالة اثبات رضاء المريض ، فإن الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان الطبيب يتصرف بناء على عقد موجود أو بدون عقد [1] ، أى أن الإثبات يتعلق هنا بقيام التعاقد ذاته [2] ، وهو ما لا يمكن معه اعمال القواعد العامة .

ولعل محكمة النقض - إذ طبقت القواعد العامة فى الإثبات - قد آثرت مصلحة الأطباء وحمايتهم لئلا يكونوا محلاً لادعاءات زائفة من جانب بعض المرضى .

٤٦ - تطور موقف محكمة النقض الفرنسية (حكم ٢٥ فبراير ١٩٩٧) :

بعد استقرار - دام قرابة النصف قرن - محكمة النقض على هذا الإتجاه ، عدلت عنه فى حكم شهير - وهام - لها فى ٢٥ فبراير ١٩٩٧ [3] ، حيث ألقت بعبء اثبات توافر الرضاء على عاتق الطبيب .

وقد كان هذا الحكم بمناسبة دعوى تتلخص وقائعها فى أن شخصاً يدعى Hédreul كان يعانى من آلام فى المعدة ، وقدر الطبيب أن هذه الحالة تستدعى التدخل الجراحى لاستئصال بعض الأورام الموجودة بمعدة المريض المذكور ، وبالفعل أجرى الطبيب الجراحة مستخدماً المنظار ، إلا أنه نتج عن ذلك أن أصيب المريض بثقب فى امعائه ، رفع المريض دعوى تعويض على الطبيب مستنداً إلى أنه لم يبصر بالمخاطر المحتملة لهذه الجراحة .

عرضت الدعوى على محكمة Rennes فقضت بأن على المريض أن يثبت ما يدعيه ، ولما عرض الأمر على محكمة النقض ألغت هذا الحكم مقررة مبدأ جديداً لها ، وهو أن عبء اثبات توافر الرضاء يقع على عاتق الطبيب .

وقد استندت المحكمة فى هذا الحكم على نص المادة ١٣١٥ من التقنين المدنى ، حيث قررت أنه " لما كان الطبيب يقع على عاتقه إلتزام خاص بالتبصير فى مواجهة

---

(١) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٥٠ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٥١ ، سهير منتصر : " المسئولية المدنية عن التجارب الطبية فى ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء " دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ ، ص ٥٠ .

مريضه ، فإنه من المحتم عليه أن يثبت أنه قد نفذ هذا الإلتزام ، وهو ما يتعين معه القول إن محكمة الإستئناف قد خالفت النص المشار إليه آنفاً (نص المادة ١٣١٥ من التقنين المدنى) " . (١)

وبنظرة فى نص المادة ١٣١٥ التى استند إليها هذا الحكم نجدها تقضى بأنه " يجب على من يطالب بتنفيذ إلتزام إثباته وبالمقابل ، يجب على من يدعى أداء الإلتزام ، أن يؤيد ذلك بما يفيد انقضاء التزامه " . (٢)

وأول ما يلاحظ بخصوص هذا النص ، أنه يضع على عاتق كل من طرفى الإلتزام عبء إثبات ما يدعيه ، كما يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية ، منذ حكم ٢٩ مايو ١٩٥١، وحتى حكمها فى ٢٥ فبراير ١٩٩٧ ، كانت تطبق الشق الأول من هذا النص ، والذى يضع عبء الإثبات على الدائن - المريض - ، وبصدور حكم ٢٥ فبراير ١٩٩٧ الذى أحدث تغيراً جذرياً فى موقف المحكمة ، آثرت هذه الأخيرة تطبيق الشق الثانى من النص ، والذى يضع عبء الإثبات على عاتق المدين - المهنى (الطبيب) - ، حيث ألزمته بإثبات أداءه التزامه . (٣)

وبعبارة أخرى ، كانت محكمة النقض حتى حكم ١٩٩٧ ، تقدر أن الوضع الطبيعى والأقرب إلى القبول ، هو أن المريض قد حصل على التبصير اللازم من الطبيب ، حيث لايكون من المتصور أن يسلم قياده إلى هذا الأخير دون أن يكون قد أحيط بالحد الأدنى من الحقائق عن طبيعة العلاج ومخاطره . أما بصدور حكم ١٩٩٧ ، فقد قدرت المحكمة أن

---

(1) Cass. civ. Ire, 25 fév. 1997, Bull. civ. no. 75 .
(2) " Attendu qu'en stauant ainsi, alors que le médcin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé " .
(3) " à celui qui réclame l'exécutionde l'obligation, de prouver qu'elle est été accomplie ; à celui qui s'en prétend libréré, de prouver qu'elle est éteinte " .
(4) C. Lapoyade Deschamps : " Les médcins à l'épreuve (à proprs de l'arrêt de la 1re chambre civile du 25 février 1997) p. 4 .

الأصل هو سلامة المريض الجسدية ، وأن هذا الأخير ليس عليه سوى أن يثبت حدوث إخلال بتلك السلامة ، أما الطبيب فيجب عليه أن يثبت أنه أدى إلتزامه بتبصير المريض بكافة مخاطر التدخل الطبى . (١)

٤٧- عبء إثبات الخطأ فى الفقه الإسلامى :

إذا كان الوضع هكذا فى الفقه القانونى تبعاً لما صار إليه قضاء محكمة النقض الفرنسية، فإن إثبات الخطأ فى الفقه الإسلامى يستلزم التفرقة بين صورتين للخطأ أو التعدى ، الأولى هى التعدى بطريق المباشرة ، والثانية هى التعدى بطريق التسبب .

ففى الصورة الأولى يكون المباشرللفعل هو الفاعل له بالذات ، أو هو من يلى الأمر بنفسه (٢) ، ولما كانت القاعدة أن المباشر ضامن ولو لم يتعمد (٣) ، فإن المضرور لا يتحمل عبء إثبات التعدى فى جانبه ، إذ التعدى ثابت بالمباشرة .

وتخريجاً على ذلك ، فإن وقوع الضرر بفعل الطبيب مباشرة ، دون واسطة بينه وبين الضرر المتحقق ، يعفى المريض من إثبات تعديه .

يقول الإمام الصنعانى : " ... اللهم إلا أن يكون ثمة أثر من فعل الطبيب يدل على المباشرة ، فإن القول قول المجروح لأن معه شاهد حال من غير يمين " . (٤)

وأما فى الصورة الثانية ، وهى التعدى بطريق التسبب ، يكون المتسبب هو الذى يحدث أمراً يؤدى بعد تدخل أمر آخر إلى حدوث الضرر(٥) ، أو هو فاعل مايفضى

---

(1) Ibid., p. 5 .

(٢) سليم رستم : شرح مجلة الأحكام العدلية ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٥٩ ، ٦٠ .

(٣) ويقصد بهذه القاعدة أن المباشر للفعل ضامن لما تلف بفعله إذا كان متعديا فيه ، ويكفى لكونه متعديا أن يتصل فعله فى غير ملكه بما لامسوغ له فيه ، سواء كان نفس الفعل سائغا ، أو غير سائغ ، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإتلاف ، فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذرا مسقطا للحكم ، وهو الضمان عن المباشر المتعدى . احمد الزرقا : " شرح القواعد الفقهية " ، ط ٢ ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٨٩ ، تصحيح وتعليق مصطفى أحمد الزرقا ، ص ٤٥٣ .

(٤) التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار للقاضى العلامة أحمد بن قلسم العنسى اليمانى الصنعانى ، ط ١ ، طبع وتوزيع مكتبة اليمن الكبرى ، سنة ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م ، جـ ٣ ، ص ١٣١ وما بعدها .

(٥) وهبة الزحيلى : " نظرية الضمان ، أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية فى الفقه الإسلامى. دراسة مقارنة " دار الفكر ، د .ت .

ويوصل إلى الضرر، لأنه بانفراده لايصلح علة مستقلة للإتلاف إلا إذا كان متعديا [1]، وهو ماتقضى به القاعدة الفقهية من أن " المتسبب لايضمن إلا إذا كان متعديا " [2] ، ولذلك يتحتم لإثبات التعدى فى جانب المتسبب أن يقيم المضرور الدليل على ذلك وفقاً للقاعدة الشرعية " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " . [3]

وتطبيقاً لذلك ، فإنه يجب على المريض الذى يدعى خطأ الطبيب ، فى حالة التسبب فى الضرر ، أن يثبت تجاوز هذا الأخير الحد المرسوم شرعا فى ممارسة عمله .

يقول الإمام البيجرمى فى حاشيته على الخطيب : " ولو اختلفا فى التعدى وعدمه صدق الأجير - الطبيب - بيمينه فى نفيه ، لأن الأصل عدمه وبراءة ذمته من الضمان... ضمان اليد ... وضمان الجناية " . [4]

وفى هذا المعنى ايضاً يقول الإمام الصنعانى : " اختلاف الأجير والمستأجر... كالمعالج والمجروح إذا ادعى أن الذى عالجه جنى عليه بالمباشرة ، وقال الأجير : بل بالسراية إذا كان بصيراً ، وإلا فهو ضامن ، فإن البينة على المضرور " . [5]

---

(١) أحمد الزرقا : المرجع السابق ، ص ٤٥٥ .

(٢) مجمع الضمانات للبغدادى (العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادى) ، دار الكتاب الإسلامى ، ص ١٤٦ . ويقصد بالتعمد أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه ، ولايشترط أن يقصد ايضاً مايترتب على ذلك الأثر .

(٣) هذه القاعدة هى نص حديث شريف رواه الترمذى فى سننه ، فى كتاب الأحكام عن رسول الله ، باب ماجاء فى أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، والحديث رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . والحكمة فى هذه القاعدة ــ كما جاء فى شرح القواعد الفقهية (المرجع السابق ، ص ٣٦٩) ــ أن جانب المدعى ضعيف ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، فكانت الحجة القوية واجبة عليه ليتقوى بها جانبه الضعيف ، والحجة القوية هى البينة . وجانب المدعى عليه قوى ، لأن الأصل عدم المدعى به ، فاكتفى منه بالحجة الضعيفة وهى اليمين .

(٤) حاشية البيجرمى للشيخ سليمان البيجرمى على شرح الخطيب المعروف بالإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشيخ محمد الشربينى ، جـ ٣ ، ص ١٨١ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١ م .

(٥) التاج المذهب ، المرجع السابق ، ص ١٣١ .

وتجدر بنا الإشارة إلى أن التعدى بطريق التسبب قسمان ، الأول هو التسبب الإيجابى ، ويتحقق حين يعمل الإنسان عملا ينشأ عنه ضرر، والثانى هو التسبب السلبى ، ويتحقق حين يهمل الإنسان القيام بعمل مطلوب منه فيقع التلف .[1]

وتفريعاً على ذلك ، فإنه يمكن القول إن إخلال الطبيب بالتزامه بتبصير المريض هو من قبيل التعدى بطريق التسبب السلبى ، وذلك لأن هذا الإخلال مفض إلى الضرر ، غير صالح ، وحده ، كعلة للإتلاف ، وإنما نجم عنه فعل آخر هو الذى أحدث الضرر، وهومباشرته العلاج أو الجراحة ، ويقع عبء إثبات ذلك الإخلال على عاتق المريض الذى يجب عليه أن يثبت عدم تنفيذ الطبيب التزامه بالتبصير .

وبعبارة أخرى ، فإن مجرد ترك الطبيب تبصير المريض ، وهو مسلك سلبى ، لايمكن اعتباره مباشرة منه للضرر الذى أصاب هذا الأخير، وإنما هو سبب له تحقق فى صورة تقصير أو إهمال من جانبه . أما الضرر الذى وقع فهو ناجم عن فعل المباشرة التالى لإخلال الطبيب بالتزامه بتبصير المريض ، والذى كان من الممكن ألا يقع لو كان الطبيب قد قام بهذا الإلتزام نحو مريضه .

٤٨ – ثانياً : تحديد قيمة الدليل الكتابى كوسيلة لإثبات رضاء المريض :

لا شك فى أن النتيجة المنطقية ، بل والحتمية لحكم ٢٥ فبراير ١٩٩٧ ، هو أن يلجأ الطبيب إلى استكتاب المريض إقراراً بحصوله – أى المريض – على التبصير اللازم بكافة مخاطر التدخل العلاجى[2] ، ولعل هذه النتيجة هى ما ينعاها البعض[3] ، على هذا الحكم ، بقولهم بأن الطبيب سيكون " بيروقراطياً على الرغم منه " bureaucrate malgré lui ،

---

(١) محمود شلتوت : " الإسلام عقيدة وشريعة " دار الشروق ، ط ١٦ ، ص ٤٠٦، محمد أحمد سراج : " ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى " المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط ١٩٩٣ . وهبة الزحيلى : المرجع السابق ، ص ١٩ .

(2) Claude Nicolis : " La chirurgie et ses risques : ce qu'il faut penser d'un arrêt de la cour de cassation " Quo. Méd., 11 mars 1997, p. 42 ; Assurer Hebdo, no. 35, 10 mars 1997 .

(3) C. Lapoyade Deschamps : op. cit., p. 7 .

بل وستترتب عليه - أى الحكم - الكثير من المنازعات .[١]

وإذا سلمنا بأن الدليل الكتابى سيكون هو الوسيلة الوحيدة للطبيب لإثبات وفائه بالتزامه بتبصير المريض ، فإنه ينبغى بحث قيمة هذا الدليل كوسيلة لإثبات رضاء المريض ، وبعبارة أخرى لإثبات وفاء الطبيب بالتزامه بتبصير المريض .

ونبادر إلى القول - ابتداءً - إلى أنه لا خلاف حول وجود شبه استحالة أدبية فى أن يطالب الطبيب المريض بدليل كتابى على رضائه [٢] ، فإعداد مثل هذا الدليل بصورة مسبقة يتعارض مع مناخ الثقة اللازم توافره فى علاقة المريض بطبيبه .[٣]

وإزاء تلك الإستحالة الأدبية [٤] فإن الطبيب يشعر فى نفسه بضعف موقفه ويسيطر عليه السخط من شبح المسئولية الذى يتهدده إذا ما بدت أية شائبة فى رضاء المريض .[٥]

وعلى فرض تغلب الطبيب على تلك الصعوبة وقيامه بإعداد دليل مسبق Preuve Préconstitue فإنه يثور التساؤل عن مدى كفاية مثل هذا الدليل لحماية الطبيب من منازعة المريض فى رضائه ، وكذلك عن قيمة هذا الدليل للقول بأن رضاء المريض قد صدر متبصراً .

لا يمكن الجزم - فى الحقيقة - أن مشكلة اثبات الرضاء يمكن أن تحسم بالدليل الكتابى على الرغم من أنه من أكثر وسائل الإثبات فعالية .

---

(1) Assu. Heb., op. cit., commentaire de la fédération française des sociétés d'assurances

(٢) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٥٢ ، ١٨٠ ، وانظر كذلك Finon ص ١١٨ .

(٣) على نجيدة : المرجع السابق ، ص ١٣٦ .

(٤) ولتجنب مثل هذه الإستحالة تستلزم بعض التشريعات الأنجلوسكسونية فى الرضاء أن يكون كتابة . انظر Gilbert Thibault المرجع السابق ، ص ١٣٥٨ .

(5) Finon : op. cit., 119 .

فمن ناحية ، لا يضمن الإقرار الكتابى للمريض إلماماً حقيقياً بالنتائج المتوقعة للتدخل الطبى - وبصفة خاصة التدخل الجراحى - لاسيما وأن صياغة الإقرار قد تتم - وعن عمد - فى صيغة عامة وغير محددة لا تسمح بتحديد قاطع أو حصر معقول للنتائج المتوقعة . [1]

ولا يخفى أن مضمون الإقرار يتوقف ، من جهة ، على مدى حسن النية لدى الطبيب ، ومن جهة أخرى ، على مدى ثقافة المريض .

ومن ناحية ثانية ، لا يضمن الإقرار حماية كافية للطبيب . فالمريض قد يقر بصدور الرضاء عنه ، ثم ينازع فيما بعد فى أن الإقرار قد صدر عنه تحت ضغط نفسى معين ، بل إن المريض قد ينازع فى نطاق رضائه ، خاصة وأن الإقرار - كما أنه لا يجوز أن يأتى فى صيغة عامة مطلقة - لا يكون من المناسب أن يأتى فى صيغة تفصيلية تعرقل العمل الطبى . [2]

ومن الحالات التى تثور بخصوص منازعة المريض فى نطاق رضائه ، أن تطرأ أثناء اجراء عملية جراحية ظروف تستدعى من الجراح أن يتجاوز حدود الرضاء الصادر عن المريض فى الإقرار الكتابى .

وفى مثل هذه الحالة يتعين على الجراح أن يختار مسلكاً من بين اثنين ، الأول : أن يتجاهل ما طرأ على حالة المريض ويلتزم بحرفية الرضاء الصادر عنه ، وبذلك يسلم نفسه من سيف المسئولية المسلط عليه ، والثانى : أن يلتزم بالأصول الفنية لعمله ويتدارك حالة المريض ، ولكنه إن فعل ذلك قد يواجه بمنازعة المريض فى نطاق رضائه .

---

(١) سهير منتصر : " المسئولية المدنية عن التجارب الطبية " سالف الإشارة ، ص ٥٦ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٥٧ .

والحقيقة أنه يمكن القول أن هذه الحالة تمثل حالة ضرورة (١) ، تجيز للجراح أن يتدخل جراحيا دون أن يعلق ذلك على رضاء المريض أو أحد من ذويه. ويلتزم الطبيب فى هذه الحالة بالتبصير اللاحق بعد إجراء الجراحة ، إذ يجب عليه أن يوضح للمريض دواعى التدخل المفاجئ ، وأن يبصره بالنتائج الجديدة التى ترتبت عليه . (٢)

وأخيراً، فإن الإقرار الكتابى قد يفقد الكثير من قيمته إن هو أفرغ فى نموذج مطبوع يعتمد عليه الأطباء للحصول على توقيع المرضى تحسبا لأية مسئولية قد توجه إليهم مستقبلاً ، إذ أن النموذج - والحالة هذه - لايعكس حقيقة الوضع الفعلى فى التبصير المطلوب (٣) ، لأن المريض يوقع فى غالب الأحيان هذا الإقرار دون قراءته وفى وقت يكون فيه فى حالة لاتسمح سوى بالتوقيع (٤) ، وفى هذه الحالة يجد المريض نفسه مضطراً إلى أن يثبت عكس الوارد فى الإقرار المطبوع ، وهو اثبات - بلا شك - غاية فى الصعوبة ، فضلاً عن أن المنازعة فى قيمة هذا الإقرار تضع مشكلة اثبات خطأ الطبيب الناتج عن اخلاله بهذا الإلتزام فى دائرة مغلقة .

---

(١) ومن أمثلة هذه الحالات كذلك ، أن يكون المريض فى حالة غيبوبة syncope ، وعدم وجود أحد من ذويه ممن يستطيع إصدار الرضاء نيابة عنه . وكذلك يكون الحكم لو اقتضى انقاذ شخص شرع فى الإنتحار إجراء أى علاج له ، فللطبيب أن يقدم على ذلك رغما عن إرادة هذا الشخص لأنه يعتبر غير حر الإرادة فى مثل هذه الظروف . انظر محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٠٦ وما بعدها .
ولاخلاف فى ذلك بين ما يقرره فقه القانون الوضعى وما هو مقرر فى الفقه الإسلامى ، حيث اعتبر فقهاء الشريعة الغراء هذه الحالة حالة ضرورة يرتفع فيها الضمان عن الطبيب ، وفى ذلك يقول ابن حزم : " لاضمان على من قطع أكله أو خلع ضرسا شديد الألم بغير إذن صاحبها إذا كان الداء أو الألم يقطع صاحبه عن صلاته ومصالح أموره ، فهذا تعاون على البر والتقوى " المحلى ، جـ ١٠ ، ص ٤٤٤.
كما جاء فى نفس الموضع قوله : قال تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعدوان " وقال تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم " فالواجب استعمال هذين النصين من كلام الله تعالى فينظر ، فإن قامت بينة أو علم الحاكم أن تلك اليد لايرجى لها برؤ ، وأنها مهلكة ولابد ، ولا دواء لها إلا القطع فلاشئ على القاطع ن وقد أحسن لأنه دواء ، وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمداواة ، وهكذا القول فى الضرس إذا كان شديد الألم قاطعا به عن صلاته ومصالح أموره ، فهذا تعاون على البر والتقوى " .

(٢) سهير منتصر : " الإلتزام بالتبصير " سابق الإشارة ، ص ١٧٦ .

(٣) سهير منتصر : " المسئولية المدنية عن التجارب الطبية " سابق الإشارة ، ص ٥٥ .

(٤) على نجيدة : المرجع السابق ، ص ١٣٩ .

ايأما كان الأمر، وفى غير الحالات التى يلزم إثبات الرضاء فيها كتابة [١] ، فإن الإثبات عن طريق الكتابة، وإن كان يحقق قدراً من التوازن فى العلاقة بين الطبيب والمريض [٢] ، وإن كان هو الصورة الغالبة فى الواقع العملى، إلا أنه ليس مطلوبا [٣] ، لأن اعتبارات الثقة بين الطبيب ومريضه يجب أن تكون لها الأولوية دائما .

والحاصل، أنه بصدور حكم ٢٥ فبراير ١٩٩٧ من محكمة النقض الفرنسية ، فإن عبء الإثبات أضحى على عاتق الطبيب الذى يستطيع اللجوء إلى كافة طرق الإثبات دون أن يلتزم بتقديم دليل كتابى .

ويبقى فى النهاية أن نقرر مع البعض [٤] ، أن هذا الحكم الذى أحدث ثورة فى القضاء سيفرض على الطبيب مراعاة تنفيذ إلتزامه بالتبصير بدقة أكبر من ذى قبل والذى لم يكن محل عناية كافية من قبل العديد من الأطباء، وإلا فإن المريض سيحصل بسهولة على حقه فى التعويض، حيث يمكنه أن يستند فى ذلك على فكرة تفويت الفرصة .

ولاشك فى أن الوضع اللاحق على هذا الحكم يتفق مع فكرة التأمين من المسئولية التى أدت إلى التوسع فى تقرير المسئولية لضمان حصول المضرور على حقه، مادام المسئول يغطى مسئوليته عقد تأمين .

---

(١) ومن أمثلة تلك الحالات فى القانون الفرنسى ما تنص عليه المادة ٢ /١ من القانون رقم ٥٠١ / ٧٨ الصادر فى ٣١ مارس ١٩٧٨ بخصوص نزع وزراعة الأعضاء من أنه " يجب أن تثبت موافقة الشخص على نزع عضو غير قابل للتجديد فى محرر بواسطة رئيس المحكمة الكلية ، وفى الأحوال الأخرى يكفى محرر مكتوب ومحرر من شاهد " انظر محسن البيه ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

(٢) سهير منتصر : المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٣) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٥٢ .

(4) P. Gourdain : " L'évolution de la jurisprudence judiciaire et l'indemnisation des accidents médicaux " mélange par G. viney " l'indemnisation des accidents médicaux " 1997, p. 23 .

المطلب الثالث
الخطـا داخل الفريق الطبى

٤٩- تمهيد :

يمكن القول إن من أدق المشكلات التى يثيرها الخطأ الطبى مشكلة تحديد الخطأ بين أعضاء الفريق الطبى ، فالعمل الطبى الجماعى والمتداخل ، وبعبارة أخرى ، العمل من خلال فريق طبى يتعذر معه القاء عبء المسئولية على طبيب دون آخر ، وأكثر ما يعنينا فى هذا الخصوص هو محاولة استجلاء حدود المسئولية بين الجراح وطبيب التخدير ، وذلك لما طرأ على الوضع القانونى للعلاقة بينهما من تطور كان له الأثر ضيقا واتساعا على حدود تلك المسئولية .

ولهذا الإعتبار لايدخل فى بحث هذه المشكلة مسألة الأخطاء التى تقع من معاونى الجراح ، على أساس أن مسئوليته عن هؤلاء تنظمها قواعد المسئولية التقصيرية الخاصة بمسئولية المتبوع عن أخطاء تابعيه .

وحتى يمكن الوقوف على أبعاد تلك المشكلة ، فإنه تتبع ما طرأ من تطور على مسلك القضاء فى تحديد مسئولية كل من الجراح وطبيب التخدير.

٥٠- تطور القضاء فى تحديد مسئولية كل من الجراح وطبيب التخدير :

يمكن القول إن القضاء الفرنسى قد مر بأربعة مراحل ، ففى أول الأمر اتجه إلى تقرير مسئولية الجراح العقدية عن خطأ طبيب التخدير ، ثم اتجه فى مرحلة ثانية إلى القول باستقلال كل منهما بخطأه عن الآخر ، وفى مرحلة ثالثة ، أخذ بفكرة" الخطأ المشترك "أو بعبارة " خطأ الفريق الطبى " ، وأخيرا فى مرحلة رابعة عاد القضاء الفرنسى إلى تأكيد

استقلال كل من الجراح وطبيب التخدير بمسئوليته مع تقرير وجود التزام متبادل بينهما بالمشورة داخل الفريق الجراحى .

٥١ - المرحلة الأولى : مسئولية الجراح العقدية عن خطأ طبيب التخدير :

أبرز هذه الفكرة حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ أكتوبر ١٩٦٠ (١) ، حيث قررت أن " الجراح وقد عهد إليه الشخص الذى ستجرى له العملية فإنه يكون - بمقتضى تلك الثقة - وبناء على العقد المبرم بينهما ، ملتزما ببذل ما فى وسعه من يقظة وحذر ، طبقا لما تفرضه المعطيات الفنية ، ومن ثم ، فإنه يكون مسئولاً عن أخطاء الطبيب الذى لجأ إليه - خارج نطاق رضاء المريض - لإجراء التخدير ، والقيام بجزأ لايتجزأ من إلتزامه " . (٢)

وقد كان هذا الحكم بمناسبة اجراء جراحة استئصال رحم ، وأثناء ذلك قام طبيب التخدير بحقن المريضة بمادة مخدرة فى وريد اليد اليمنى نتج عنها اصابة تلك السيدة بشلل مرفقى وعجز دائم جزئى بنسبة ١٠ ٪ . (٣)

٥٢ - الأساس القانونى لحكم محكمة النقض الفرنسية :

يمكن القول أن هذا الحكم يقوم على أساس المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى التى تنص على أن " يحكم بالتعويض على المدين الذى أخل بالتزامه سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه متى لم يثبت أن هذا الإخلال راجعاً إلى سبب أجنبى لا يد له فيه " .

---

(1) Cass. civ. 18 oct. 1960,D.1961,p.125 ; J.C.P.1960,II,11846 .

(2) " Le chirurgien , investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération , est tenu , en vertu du contrat qui le lie à cette personne , de faire bénéficier celle - ci , pour l'ensemble de l'intervention , de soin consciencieux , attentifs et conformes aux données de la science ; qu'il répond , dès lors , des fautes que peut commettre le médcin auquel il a recours pour l'anesthésie , et qu' il se substitue , en dehors de tout consentement du patient , pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son activité " .

(٣) ومن الأحكام التى قررت ذات المبدأ. Cass. civ. 12 nov. 1968,Bull. civ. ,I,no. 271

والمستفاد من هذا النص أن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه العقدى إذا كان راجعاً إلى فعل الغير، فإن ذلك يعد من قبيل القوة القاهرة التى تعفيه من المسئولية. ولكن إذا كان المدين نفسه هو الذى أحل هذا الغير فى إطار التزامه العقدى، فلا يمكن اعتبار ما يصدر من أفعال عن هذا الغير من قبيل القوة القاهرة، وبالتالى يسأل المدين عقدياً عن تلك الأفعال. (1)

فهذه المادة - ١١٤٧ - تقرر أن مجرد عدم الوفاء بالتزام فى الميعاد يعتبر فى ذاته خطأ تعاقديا، ويفترض فيه أنه هو السبب فيما أصاب الدائن من ضرر، فتقوم مسئولية المدين على أساس هذا الخطأ وعلى اعتبار أن الضرر الذى أصاب الدائن ناشئ من هذا الخطأ، فإذا استطاع المدين أن يثبت أن الضرر له سبب آخر غير عدم الوفاء أو أن عدم الوفاء ذاته يرجع إلى سبب أجنبى عنه، فإنه يدفع بذلك المسئولية عن نفسه. (٢)

ويمكن القول بأن الخطأ العقدى فى نظر المشرع المصرى (٣)، - كما فى نظر المشرع الفرنسى - هو مجرد عدم وفاء المدين بالتزامه، بقطع النظر عن السبب الذى أدى إلى عدم الوفاء، وسواء أكان الإلتزام الذى حصل الإخلال به التزاماً بغاية أم كان التزاماً بوسيلة. (٤)

---

(1) Caterine Departday : " La reapparition de la notion d'equipe chirurgicale, ses retentissements sur la garantie de la responsabilité médicale par les assureurs " 1985,p. 9.

(٢) سليمان مرقس : " الوافى فى شرح القانون المدنى ، الإلتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة " ، ط ٤ ، ١٩٨٧ ، ص ٥٤٣ .

وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن " عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدى أو التأخير فى تنفيذه يعتبر فى ذاته خطأ يرتب مسئوليته التى لايدرأها عنه إلا إذا أثبت هو أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو من المتعاقد الآخر نقض مدنى فى ٥ مارس ١٩٨٩ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٤٠ ع ١ ، رقم ١٢٣ ، ص ٧٠١ .

(٣) تنص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه " .

(٤) سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٥٤٤ .

خلاصة القول أنه لا يغير من ماهية الخطأ العقدى أو يؤثر فى تحققه أن يكون عدم الوفاء راجعا إلى فعل شخص آخر غير المدين ، ومن ذلك فعل الشخص الذى يحله المدين فى تنفيذ التزاماته ، أو معاونته - دون أن يحل محله - فى تنفيذ عقده بناء على طلبه ، ففى مثل هذه الأحوال لا يعتبر فعل الغير أجنبيا عن المدين ولا تندفع به مسئولية الأخير .[١]

وعلى ذلك فإنه يمكن القول أنه يشترط لقيام المسئولية العقدية عن فعل الغير[٢] توافر الشرطين الآتيين .[٣]

الأول : أن يكون هناك عقد صحيح بين المدين وهو المسئول - الطبيب - وبين الدائن وهو المضرور - المريض - ، فإذا لم يكن العقد صحيحا ، بأن كان باطلا ، فإنه يترتب على بطلانه زواله بأثر رجعى ، وبالتالى لانكون بصدد مسئولية عقدية ، وإنما بصدد مسئولية تقصيرية إذا توافرت شروطها .

الثانى : أن يتولى غير المدين تنفيذ العقد سواء بناء على نص قانونى - كحالة النائب القانونى - أو بناء على الإتفاق (كحالة اتفاق الجراح مع طبيب التخدير) .

وتطبيقاً لذلك فإن الجراح وقد استعان بطبيب التخدير فى إطار التزامه العقدى مع المريض ، وأحله محله - خارج إطار رضاء المدين - فى تنفيذ جزء من هذا الإلتزام ، لابد وأن يتحمل نتيجة الأخطاء التى يمكن أن تقع منه . ولكن يلاحظ أن هذه المسئولية مسئولية عقدية عن فعل الغير une responsabilité contractuelle de fait d'autrui ولا تعنى

---

(١) المرجع السابق ، ص ٥٥٠ وما بعدها .

(2) Catherine Deparday : op. cit. p. 9.

(٣) يقرر نص المادة ٢١٧ / ٢ من التقنين المدنى المصرى بطريق غير مباشر مسئولية العاقد عن فعل الغير ، إذ ينص على أنه " وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدى ، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه " فهذا النص الخلص بتعديل قواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير ، لايتصور انطباقه إلا إذا كانت القاعدة العامة هى مسئولية المدين مسئولية عقدية عن خطأ من يستخدمهم فى تنفيذ التزامه (انظر أنور سلطان المرجع السابق ، ص ٢٣٦) .

وجود علاقة تبعية بينهما un lien de subordination [١].

وقد أثار هذا القضاء النزاع على أساس تعارضه مع مبدأ الإستقلال المهنى للطبيب - وإيحاءه الظاهر بوجود علاقة تبعية بين الجراح وطبيب التخدير - ذلك المبدأ الذى تأكد فى أكثر من موضع من قانون " آداب مهنة الطب "، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٩ فى فقرتها الثانية من أنه " فى حالة تعاون أكثر من طبيب فى فحص أو علاج نفس المريض، فإن كل منهم يتحمل مسئوليته الشخصية، ومثال ذلك، حالة الفريق الذى يتألف من الجراح وغيره من الممارسين ممن يستعين بهم ".

والحقيقة أنه لا وجه لهذا النزاع، فالمسئولية العقدية عن فعل الغير، لا تمس مبدأ استقلال طبيب التخدير عن الجراح، فكل ما يعنيه هذا القضاء أن مقتضى الثقة التى أودعها المريض فى الجراح تفرض على هذا الأخير تنفيذ التزامه بالعناية والرعاية لصالح هذا المريض. كما أن محكمة النقض لم تتعرض فى هذا الحكم لمسألة تبعية طبيب التخدير للجراح، وإنما فقط للعلاقة العقدية بين هذا الأخير وبين المريض.

ويبرر هذا الحل الذى خلصت إليه محكمة النقض فى هذا الحكم أن الجراح الذى تعاقد مع المريض، تكون له الحرية فى اختيار وسائل تنفيذ التزامه العقدى، فكما يستطيع اللجوء إلى تابع حقيقى، لضمان هذا التنفيذ، فإنه يستطيع كذلك أن يطلب مساعدة أشخاص آخرين غير تابعين له، أى لا يرتبطون به برابطة تبعية [٢].

ويترتب على هذا القضاء- متى كان التزام الجراح مجرد التزام ببذل عناية - أن المريض لن يكلف إلا بإثبات أن هذا الجراح لم يقدم العناية اليقظة المطلوبة منه، ولن يطلب من هذا المضرور أن يثبت خطأ هذا العضو أو ذاك - وطبيب التخدير بصفة خاصة -

---

(1) Catharine Deparday : op. cit., p.12 .

(٢) محسن البيه : المرجع السابق، ص ٨٦ .

من أعضاء الفريق الطبى ، وذلك متى أراد التمسك بمسئولية الطبيب الجراح أو المعالج عن فعل هذا العضو .[1]

وعدم التزام المريض إلا بإثبات تقصير الجراح دون طبيب التخدير - متى كان التزام الأول التزاما ببذل عناية - هو ما يتفق مع ما تقضى به المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى[2] ، حيث يكفى لإثبات خطأ المدين - فى حالة الإلتزام بوسيلة - أن يثبت الدائن أنه قصر فى اتخاذ احتياط معين مما كان يجب عليه ، وذلك ما لم يثبت المدين أنه قد اتخذ الإحتياط المنسوب إليه إهماله .[3]

ولكن لا يخفى أن هذا القضاء كان من شأنه أن تترتب عليه بعض الآثار السلبية ، فالجراح فى سبيل تلافى انعقاد مسئوليته عن أخطاء طبيب التخدير يضطر إلى مضاعفة مراقبته على كافة الأعمال المتعلقة بالتخدير والتى يقوم بها هذا الأخير ، وهو ما يخشى معه أن يكون ذلك على حساب ما ينبغى عليه أن يبذله من حذر فيما يتعلق بالعمل الجراحى الذى يضطلع به أساسا .[4]

٥٣ - المرحلة الثانية: استقلال كل من الجراح وطبيب التخدير بخطأه عن الآخر:

اتجه القضاء فى هذه المرحلة إلى القول بقيام مسئولية طبيب التخدير عن خطأه الشخصى ، وذلك على أساس وجود عقد بينه وبين المريض ، وإن كان القضاء لم يتجاوز حد القول بأن هذا العقد هو مجرد عقد ضمنى .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٨٧ .

(٢) وتنص هذه المادة على أنه " فى الإلتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين ..... أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غيره " .

(٣) سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٥٤٩ .

(4) Catherine Deparday : op. cit.,p. 12 .

ففى دعوى تتلخص وقائعها فى أن مريضا بقرحة المعدة أجريت له تلك الجراحة ، نتج عنها إصابته بشلل فى ذراعه الأيمن ، ولما رفع دعواه على كل من الجراح وطبيب التخدير ، قضت محكمة استئناف Aix - en - Provence فى ٧ مارس ١٩٦٨ بقيام مسئولية طبيب التخدير دون الجراح ، وذلك على أساس وجود عقد بين الأول وبين المريض أبرم ضمناً tacitement بينهما .

طعن المريض فى الحكم بالنقض مطالباً بتقرير مسئولية الجراح مستندا فى ذلك إلى نص المادة ١١٤٧ مدنى - سالفة الذكر [١] - على أساس قيام مسئوليته العقدية عن أخطاء طبيب التخدير ، وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن فى حكمها الصادر ٢٧ مايو ١٩٧٠ [٢] ، مؤكدة ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه ، حيث قررت " أنه لا وجه لقيام المسئولية العقدية للجراح على أساس المادة ١١٤٧ ، لأنه يلزم التسليم بوجود عقد بين طبيب التخدير والمريض ، مما يمتنع معه القول بأن الجراح أحل طبيب التخدير محله دون رضاء المريض " .

وفى حكم آخر لمحكمة استئناف Aix-en-Provence فى ٢٦ نوفمبر ١٩٦٩ قضت بأن "الجراح الذى يستعين بطبيب التخدير والإنعاش ، يكون ، بذلك ، قد أبرأ نفسه من الإلتزام بمتابعة المريض أثناء إفاقته ، حيث يقع هذا الإلتزام على عاتق طبيب التخدير والإنعاش ، لأن لكل منهما اختصاص مستقل تماما عن اختصاص الآخر فى ضوء تطور المعطيات الطبية " . [٣]

وفى ذات الإتجاه أكدت محكمة استئناف Montpellier فى ٥ مايو ١٩٧١ أن" الأفعال التى تتم بواسطة طبيب التخدير لا تخضع لأى تأثير أو سلطة من جانب الجراح ،

---

(١) راجع رقم ٥٢ ، ص ٩٨ وما بعدها .

(2) Cass. civ. 1re, 27 mai 1970,J.C.P. 1971,I,16833, note Savatier .

(3) Hélène Fabre : " Responsabilité conjointe ou partagée de l'anesthésiste et du chirurgien (ou obstétricien) " Méd. et Droit ,no.22,1997,p.9 .

حيث يجرى تلك الأفعال بمقتضى تخصصه تحت مسئوليته وحده ، فيلتزم بتخدير المريض وإعداده حتى يجرى العملية الجراحية ، ويقع عليه - أى على طبيب التخدير - فى هذه الأثناء الإلتزام بمتابعة انتظام عمل القلب والتنفس لدى المريض " . (١)

وقد أكدت كذلك محكمة استئناف باريس فى أول يوليو ١٩٧١ (٢) مبدأ استقلال المسئولية بين الجراح وطبيب التخدير ، وذلك بمناسبة دعوى تخلص فى أن طفلا فى الرابعة من عمره نقل إلى المستشفى نتيجة حادث سيارة تعرض له ، فقام طبيب التخدير بتخديره تمهيدا لإجراء الجراحة ، وبعد ما أجريت هذه الأخيرة ، غادر الجراح صالة العمليات تاركاً طبيب التخدير لمتابعة حالة الطفل ، إلا أنه - طبيب التخدير - بادر ، بمجرد ما بدت علامات الإفاقة على الطفل ، بنقله إلى غرفته لتتولى المرضة متابعته . إلا أن الطفل دخل فى غيبوبة ، وظنت المرضة أنه نائم ، فانصرفت عنه وعادت أكثر من مرة وهو على هذا الحال ، حتى تبينت أن تنفس الطفل قد توقف ، فأجرت له الإسعافات اللازمة ، وتم استدعاء طبيب التخدير من محل تواجده بالمستشفى والذى يبعد بضعة كيلو مترات ، فجاء بعد ما يزيد عن خمس دقائق ، إلا أن الطفل كان قد فارق الحياة .

خلص تقرير الخبير إلى أن مادة التخدير التى استخدمها طبيب التخدير لم تكن ملائمة لحالة الطفل ، فضلاً عن توافر الإهمال الجسيم من جانبه فى متابعة حالة الطفل ، لأن المرضة ليس لديها من الخبرة ما تستطيع به أن تواجه حالة طوارئ كهذه ، كما قرر عدم توافر أى تقصير فى جانب الجراح . وبالرغم من ذلك لما عرض الأمر على محكمة الجنح بفرساى le tribunal correctionnel ، قضت بإدانة كل من الجراح وطبيب التخدير عن قتل خطأ .

---

(1) Cou. d'app. Montpellier,5 mai 1971,JCP 1971,éd. G.,II,16783 .
(2) Cou. d' app. de paris 1er juill. 1971,Con. Méd. 8 - 7 - 1972,p. 5323 .

وفى الإستئناف قررت محكمة استئناف باريس أنه فيما يتعلق بمسئولية الجراح " فإنه نظراً لما صارت إليه المعطيات الفنية فى المجال الطبى من تعقد وتنوع ، فإنه يلزم تبعا لذلك التسليم بتعدد المسئولية ، وإنه إذا كانت فكرة " السيطرة المنتجة للمسئولية " تلازم الجراح ، إلا أنه لا يمكن تطبيق هذه الفكرة فى هذه الحالة ، لأن الجراح لا شأن له بالنواحى الفنية المتعلقة بإنعاش وإفاقة المريض الذى كان تحت ملاحظة طبيب التخدير ، الأمر الذى يتحتم معه القول بعدم وجود أى خطأ فى جانب الجراح " .

أما فيما يتعلق بمسئولية طبيب التخدير فقد ذهبت المحكمة إلى القول بأنه " لم يقم بما يجب عليه من متابعة كاملة لحالة الطفل حتى يفيق نهائيا من تأثير المخدر ، وهو التزام منوط به شخصيا لا يكون قد أوفى به إن عهد به إلى المرضة " .

ويلاحظ ، أن هذا الإستقلال لا يمنع بالضرورة من انعقاد مسئولية الجراح متى نسب إليه خطأ عن فعله الشخصى .[1]

٥٤ - المرحلة الثالثة : مسئولية الفريق الطبى :

لم يدم استقرار القضاء على مبدأ استقلال المسئولية بين الجراح وطبيب التخدير طويلا ، حيث اتجه إلى القول بمسئولية الفريق الطبى .

ويلاحظ أن استعمال تعبير " الفريق الطبى " لم يرد صراحة فى كل أحكام القضاء المعبرة عن هذه المرحلة ، حيث لجأ بعضها إلى القول " بالإشتراك بين الجراح وطبيب التخدير " وكذلك بوجود " الأخطاء المشتركة بينهما " ، ولا يبدو - فى الواقع - أن هناك فارق جوهرى بين جوهر فكرة " الفريق الطبى " وبين تلك التعبيرات التى درج القضاء عليها ، غير أن أحكاما أخرى استخدمت صراحة تعبير " الفريق الطبى " أو " الفريق الجراحى "

---

(١) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٧٣ .

ويمكن القول إن القضاء - فى هذه المرحلة - لم تعد لديه القناعة بالإبقاء على المسئولية الفردية داخل الفريق الطبى ، لما ينطوى عليه ذلك من صعوبات بالنسبة للمريض. فقد يحدث ألا تقوم داخل هذا الفريق أية علاقة بين بعض أعضائه وبين المريض ، فتبقى المسئولية فردية ، ولو كانت تضامنية أو تضامية ، فإذا لم يصل المضرور ـ فى هذه الحالة ـ إلى تعيين المسئول أو المسئولين الحقيقيين من أعضاء الفريق ، ظلوا غير مسئولين . وهذا يعنى اعفاء بعض أعضاء الفريق عندما يتعذر نسبة خطأ إليهم ، بل إنه قد يعفى كل أعضاء الفريق إذا لم يمكن تحديد المسئول من بينهم ، رغم أن الفريق الطبى محدد .[1]

فضلاً عن ذلك ، فإن الأخذ بالمسئولية الفردية داخل الفريق الطبى - ولو كانت المسئولية تضامنية أو تضامية - قد يقتضى اللجوء إلى الحيلة ، فى بعض المجالات ، من أجل الفصل التام بين اختصاصات أعضاء الفريق ، وهذا ما قد يستعصى أحيانا من حيث الواقع .[2]

وقد كانت تلك الإعتبارات كفيلة بأن يغير القضاء الفرنسى وجهته ، ويقرر فى وضوح " أن هناك تعاون وثيق بين الجراح وطبيب التخدير ، من شأنه أن يستبعد فكرة السيطرة التى تكون للأول على الثانى فى صالة العمليات ، مما يتحتم معه القول ، بوجود مسئولية مشتركة بينهما " .

وقد قررت هذا المبدأ محكمة استئناف " تولوز " فى ٢٤ أبريل ١٩٧٣ [3] ، حين عرضت عليها واقعة وفاة سيدة أثناء إجراء جراحة لاستئصال إحدى كليتيها ، ولما رفع ورثتها دعوى التعويض على كل من الجراح وطبيب التخدير ، انتهت المحكمة إلى حكمها المتقدم .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٩٣ .

(٢) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(3) Cou. d'app. de Toulouse 24 avr. 1973,Gaz. Pal.,1973,I,p. 401 .

والحقيقة أن هذا الحكم على الرغم مما بدا فيه من تطور ملحوظ نحو اعتناق مبدأ " مسئولية الفريق الطبى " إلا أنه ظل حريصا على تأكيد وجود رابطة تبعية ، ولو ضمنية ، من طبيب التخدير للجراح [١] ، وهو ما يعنى تمسكه بفكرة " رئيس الفريق " ، وتركيز المسئولية un concentration de la responsabilité فى جانب الجراح ، على أن المفهوم التقليدى لم يكن - على أية حال - بذات الأهمية التى كان عليها فى ظل قضاء ١٩٦٠ . [٢]

وفى حكم لمحكمة النقض الفرنسية (الدائرة الجنائية) ، ألغت حكم محكمة استئناف Montpellier السابق فيما ذهب إليه من استقلال كل من الجراح وطبيب التخدير بمسئوليته عن الآخر ، وفى حيثيات حكمها - الذى استخدمت فيه صراحة تعبير " الفريق الجراحى " - قررت محكمة النقض أن " عدم إعداد جهاز الإنعاش قبل إجراء عملية جراحية طويلة ودقيقة لمريض منهك من إجراء العديد من العمليات الجراحية عليه يعد خطأ يقيم مسئولية أعضاء الفريق الجراحى المكون من الجراح وطبيب التخدير ، وذلك على الرغم من أن هذا الأخير يعد المسئول الرئيسى عن هذا القصور " . [٣]

كما قضى بأنه " إذا كانت المتابعة اللاحقة للعملية الجراحية تقع أساسا على عاتق طبيب التخدير بمقتضى تخصصه ، إلا أن الجراح لا يظل بمنأى عن كل مسئولية ، حيث يقع عليه إلتزام عام باليقظة والإنتباه " . [٤]

وإذا كان القضاء يرى فى اللجوء إلى فكرة " مسئولية الفريق الطبى " هى الحل الأمثل الذى يجنب المريض عناء البحث عن مرتكب الخطأ داخل الفريق الطبى ، إلا أن هذه الفكرة لا تبتعد كثيرا عن " المسئولية التضامنية " حتى أن وجه التمييز بينهما ينحصر فى مجرد اختلاف فى الطبيعة .

(1) " L'étroite collaboration qui doit exister entre le chirurgien et l'anesthésiste et implicitement une sorte de sujétion du seconde homme de l'art par rapporte au premier " Gaz.Pal. ibidem,p. 404 .
(2) Catherine Deparday : op. cit. p. 8 .
(3) Cass. crim., 22 juin 1972 , J.C.P. ,éd.G,II,17266,note R. Savatier .
(4) Cass. civ. 30 mai 1986 , Méd. et droit, op. cit. ,p.10 .

ففى المسئولية التضاممية [1] ، توجد عدة روابط قانونية ، ومحال متعددة لالتزامات المسئولين ، .وبعبارة أخرى ، فإن الإلتزام التضاممى يتحلل ، من ناحية أعضاء الفريق ، إلى عدة ديون متميزة ، قد تكون من طبائع متباينة ، أما من ناحية المضرور ، فلا يوجد سوى التزام واحد ، وفى مسئولية الفريق لا يوجد إلا التزام وحيد بالتعويض [2] ، يترتب على اضفاء الشخصية على هذا الفريق . [3]

<u>٥٥- المرحلة الرابعة : العودة إلى تأكيد استقلال كل من الجراح وطبيب التخدير بمسئوليته مع تقرير وجود التزام متبادل بينهما بالمشورة " التزام بالمشورة داخل الفريق الجراحى " :</u>

عاد القضاء الفرنسى فى هذه المرحلة ليؤكد على استقلال مسئولية الجراح عن مسئولية طبيب التخدير ، وإن ظلت فكرة " الفريق الجراحى " تلعب دوراً مؤثراً ، حيث أنه لم يأخذ بمبدأ " الفصل التام " بين المسئوليات ، وإنما قرر وجود " التزام متبادل بالمشورة " بين أعضاء الفريق الجراحى .

---

(١) نكون بصدد إلتزام تضاممى l'obligation in solidum إذا كان هناك عدة مدينين ملزمين بشئ واحد قبل دائن واحد بحيث يلتزم كل منهم بأداء الدين بأكمله ، دون أن يكون بينهم تضامن ، ودون أن يكون الدين غير قابل للإنقسام . ويطلق على الإلتزام التضاممى كذلك الإلتزام المشترك بك الدين ، ومن أهم أمثلته فيما نحن بصدده هو مانصت عليه المادة ١٦٩ من التقنين المدنى المصرى من إلتزام المسئولين المتعددين ــ كالفريق الطبى ــ عن الضرر الواحد بتعويض هذا الضرر (انظر سليمان مرقس : الوافى فى شرح القانون المدنى. جـ ٢ فى الإلتزامات ، المجلد الرابع أحكام الإلتزام ، ط ٢ سنة ١٩٩٢ ، ص ٦١٢ ومابعدها) ويتميز الإلتزام التضاممى عن الإلتزام التضامنى من أكثر من حانب ، فمن ناحية ، يفترض التضامن وجود نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع لافيما يضر ، ولاوجود لمثل هذه النيابة فى حالة التضامم ، ومن ناحية ثانية ، فى حين تلزم وحدة مصدر الدين فى التضامن (بأن يكون مصدر الدين بالنسبة لجميع المسئولين هو المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية) ، فإن التضامم يفترض تعدد مصدر الدين (بأن تكون مسئولية أحد المسئولين عقدية وتكون مسئولية الآخر تقصيرية) انظر فى ذلك بالتفصيل ، محسن البيه: " التضامن والتضامم فى قضاء محمة الإستئناف العليا الكويتية " مجلة الحقوق ، س ١٣ ، ع ٣ سبتمبر ١٩٨٩ ، ع ٤ ديسمبر ١٩٨٩) .

(٢) محسن البيه : " نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب ... " سابق الإشارة ، ص ٩٥ .

(٣) انظر فى عرض نظرية اضفاء " الشخصية المعنوية على الفريق الطبى " : محسن البيه ، المرجع السابق ، ص ٩٥ وما بعدها ، انظر كذلك ، محمد شكرى سرور " مشكلة تعويض الضرر الذى يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص " دار الفكر العربى ، ١٩٨٣ ، بند ٧٩ ، ص ١٠٠ ، مشار إليه عند محسن البيه ، المرجع السابق ، هامش ص ٩٩ .

فقد ذهبت محكمة استئناف باريس فى ١٦ سبتمبر ١٩٩٤ إلى القول بوجود مسئولية تضامنية بين كل من الجراح وطبيب التخدير والعيادة ، وكان ذلك بسبب إصابة سيدة بعجز كلى إثر إجراء جراحة قيصرية لها ، حيث قام طبيب التخدير ، مضطراً ، بتخديرها تخديراً كلياً على أثر انفصال المشيمة وارتفاع الضغط بصورة مفاجئة لدى المريضة وفى اليوم التالى وجدت هذه السيدة فى حالة إغماء ومصابة بالتهاب مخى ترتب عليه إصابتها بذلك العجز الكلى .

وقد أقامت المحكمة المسئولية التضامنية على أساس أن :

١- (الجراح) طبيب الولادة : ركن إلى حد بعيد إلى أن حالة المريضة شبه عادية ، فلم يقدم التوجيهات اللازمة لمتابعة المريضة ، وهو ما يعد قصوراً منه فى بذل العناية اللاحقة على العملية الجراحية .

٢- طبيب التخدير : اشترك مع الجراح فى وقوع القصور منه فى متابعة حالة المريضة ، حيث لم يقدم المشورة إليه . أى إلى الجراح . بمقتضى تخصصه ، فهو . أى طبيب التخدير . ليس ملتزما فقط بتخدير المريضة ، وإنما بمتابعة آثار التدخل الجراحى عليها .

٣- العيادة : قامت مسئوليتها عن خطأ المرضة التى تتابع بانتظام قياس ضغط الدم لدى المريضة ، حيث كان يجب عليها - بمقتضى واجبها الوظيفى - أن تنبه الأطباء إلى إرتفاع الضغط لدى المريضة .(١)

وفى ذات الإتجاه ، قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ أكتوبر ١٩٩٧ بأن هناك إلتزاما على الجراح بإحاطة طبيب التخدير بالمعلومات اللازمة عن التخدير .

وكان ذلك بمناسبة الطعن على حكم محكمة استئناف Lyon الصادر فى ٣ مايو ١٩٩٥ ، والمتعلق بدعوى ترجع وقائعها إلى عام ١٩٨٧ ، حيث أجريت جراحة لمريض كان يعانى من عدم وضوح الرؤية فى إحدى عينيه ، بعد أن فقد الرؤية فى عينه الأخرى منذ

(1) H. Fabre : op. cit. ,p.11 et s. .

عام ١٩٦٣ ، فقام طبيب التخدير بتخديره موضعيا ، فنتج عن ذلك أن فقد المريض الرؤية تماما بسبب استخدام طبيب التخدير حقنة غير مناسبة لحالة المريض أحدثت ثقبا فى مقلة العين .

قضت محكمة الإستئناف بمسئولية كل من طبيب التخدير والجراح مسئولية تضامنية وذلك على النحو التالى :

١- بالنسبة لطبيب التخدير : قررت مسئوليته للجوئه إلى التخدير الموضعى الذى لا يناسب حالة المريض ، مما ترتب عليه حدوث ثقب فى مقلة العين ، أسفرعن تجمع دموى أفقد المريض بصره تماماً .

٢- بالنسبة للجراح : قررت مسئوليته على أساس أنه يتابع حالة المريض منذ فترة طويلة ، فكان ينبغى عليه أن يشير على طبيب التخدير باللجوء إلى التخدير الكلى بدلا من الموضعى ، فهو. أى الجراح . لا يقتصر إلتزامه فحسب على الأفعال الجراحية ، وإنما عليه إلتزام بتبصير طبيب التخدير بحالة المريض ، بوصفه رئيسا للفريق الجراحى ، ويقع عليه واجب التأكد من أن تخدير المريض قد تم على نحو يناسب حالته .(١)

وقد تأيد هذا الحكم من محكمة النقض حيث أكدت على أن " التزامات الجراح لا تقتصر فحسب على إدارة العمل الجراحى ، وإنما يجب أن تمتد إلى تبصير طبيب التخدير بمخاطر التخدير الموضعى الذى لا يتناسب مع حالة المريض " .(٢)

وفى نهاية هذا الإستعراض لمراحل التطور التى مر بها القضاء الفرنسى نستطيع أن نقرر - بيقين - أن هذا التطور أو التردد لا يعبر إلا عن شعور عميق لدى هذا القضاء بدقة المشكلة وصعوبتها ، تلك الصعوبة هى التى دفعت شركات التأمين بدورها - ومن وقت ليس قريب نسبياً - إلى محاولة إيجاد صيغة مشتركة بينها لمواجهة تلك المشكلة ، وهو ما سنبحثه فى الفقرة التالية .

---

(1) Ibidem .
(2) Cass. 1re civ., 28 oct. 1997, R.C.A., 1998, no. I, janv. 1998, p. 16 .

٥٦- موقف شركات التأمين من توزيع الضمان فى حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبى :

أولاً : وضع المشكلة :

لا تكون هناك مشكلة إذا كان كل من الجراح وطبيب التخدير قد أبرم تأمينا من المسئولية لدى نفس المؤمن ، فإذا رجع المريض على هذا الأخير بالضمان ، فلا تثور أى صعوبة لأنه يضمن مسئولية أعضاء الفريق الجراحى جميعاً .

إنما تثور المشكلة حين يكون كل عضو من أعضاء الفريق الجراحى قد أبرم تأمينا من مسئوليته لدى مؤمن مختلف ، حيث يرجع المريض على أكثر من مؤمن ، وتثور بين هؤلاء - أى المؤمنين المتعددين - مشكلة توزيع الضمان بينهم ، لأن ذلك يقتضى- أولاً - تحديد مسئولية كل عضو من أعضاء الفريق الجراحى ، حتى يتم - ثانياً - تحديد مدى إلتزام كل مؤمن بالضمان إلى جانب المؤمنين الآخرين .

ثانياً : اتفاق ٢٨ يونيو ١٩٧٦ :

أبرم هذا الإتفاق بين كافة شركات التأمين التى تعنى بالتأمين من المسئولية الطبية ، وكان الهدف منه كما حددته تلك الشركات هو " إدارة الكوارث الناشئة عن المسئولية المدنية الطبية فيما يتعلق بالجراحين وأطباء التخدير ومؤسسات العلاج الخاصة " .

وقد جاءت بنود الإتفاق على النحو التالى [(١)] :

١- بالنسبة لمؤمن المسئولية المدنية للجراح : يكون هو الملتزم بالضمان متى كانت الكارثة ناشئة عن إجراء الفحوص السابقة على التدخل الجراحى متى كانت تدخل فى تخصصه ، والتدخل الجراحى ذاته والآثار المباشرة له ، والمسئولية عن التخدير إذا تم بواسطة ممرضة أو أى شخص آخر غير متخصص فى أعمال التخدير .

---

(1) C. Deparday : op. cit. ,p.31 et s. ; Benoit Gombault : " Responsabilité et assurance du medecin anesthésiste " 1983 , p.94 .

٢- بالنسبة لمؤمن المسئولية المدنية لطبيب التخدير : يكون هو الملتزم بالضمان متى كانت الكارثة ناشئة عن الفحوص السابقة على التدخل الجراحى والمتعلقة بفحص انتظام عمل القلب والتنفس وفحوص الدم ، ايضاً الفحوص المتعلقة بالتحقق من سلامة أدوات التخدير ، ووضع المريض على منضدة العمليات فيما عدا الضرورات الخاصة التى يقدرها الجراح بالنسبة لهذا الوضع ، أفعال التخدير بالمعنى الفنى ، أفعال الإنعاش والمتابعة المباشرة للمريض حتى إفاقته نهائياً من تأثير التخدير .

٣- بالنسبة لمؤمن المسئولية المدنية لمؤسسة العلاج : يكون هو الملتزم بالضمان متى كانت الكارثة ناشئة عن الأدوات والأجهزة الموجودة فى صالة العمليات وذلك ما لم يكن الحادث قد وقع بسبب خطأ فى الإستعمال ، تنفيذ الفحوص والإعداد السابق واللاحق على العملية الجراحية ، وكذلك الحوادث التى ترجع مباشرة إلى القصور الوظيفى كالقصور فى عدد أو كفاءة القائمين بالعمل الطبى ، أو القصور فى تجهيز وإعداد أدوات وأجهزة العلاج .

ويلاحظ على هذا الإتفاق أنه يجرى تقسيم المسئولية بالنظر إلى اللحظة التى وقع فيها الحادث ، كما أنه من الجدير بالملاحظة كذلك ، أنه ليس اتفاقاً تحكمياً يتجاهل اتجاهات القضاء ، فهو ليس إلا انعكاساً لهذه الأخيرة ، فالبنود التى تضمنها لا تبتعد عما يقرره القضاء فى هذا الشأن ، وإنما كل ما قصد هذا الإتفاق إلى تقريره هو قطع النزاع الذى يثور بين المؤمنين وبين الأطباء فيما يتعلق بتحديد الأفعال التى تقيم مسئولية الآخرين ، وتثير بالتالى ضمان الأولين .[١]

وأياً ما كان الأمر ، فقد رأينا أن القضاء الفرنسى فى آخر مراحل تطوره - أو تردده - قد أخذ بالمسئولية التضامنية بين أعضاء الفريق الجراحى بالرغم من تقريره استقلال كل منهم بمسئوليته ، وذلك على أساس وجود إلتزام متبادل بالمشورة بينهم .

---

(1) C. Depardy : op. cit., p. 31 .

المطلب الرابع

مشكلات الخبرة فى إثبات الخطأ الطبى

٥٧- التعريف بالخبرة فى المجال الطبى :

لما كان الخطأ الطبى ، غالباً ، ذو طابع فنى ، فإنه لايكون هناك مفر من الإستعانة بالخبراء [١] كوسيلة للإثبات القضائى . [٢]

فالخبرة فى المجال الطبى عمل فنى يتمثل فى تقديم الرأى والمشورة إلى القضاء بمناسبة نزاع متعلق بعمل طبى . [٣]

فالخبير إذاً شخص متخصص فنيا يستدعى من قبل القاضى بمقتضى هذه الصفة ويصبح مساعداً للقضاء [٤] ، ويتمثل دور الخبير أساساً فى [٥] :

١- فحص ودراسة الأفعال التى تسبب عنها الضرر .

٢- شرح القواعد الفنية الواجب مراعاتها فى تحليل الواقعة محل النزاع .

٣- تدعيم التقرير المقدم منه بالإحصائيات المعتمدة فى ضوء السوابق المشابهة .

٤- تطبيق المعطيات الفنية المناسبة للحالة محل البحث . [٦]

---

(1) Finon : op. cit. p. 58 .
(2) Baptiste Rusconi : op. cit. p. 665 .
(3) Gerard Creusot : " dommage corporel et expertise médicale " ,1989,p. 1 .
(4) Vouin : " Le juge et son expert ",D.1955,chr.,p.131.
مشار إليه عند محسن البيه " نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية فى ظل القواعد القانونية التقليدية " مكتبة الجلاء الجديدة ، ١٩٩٣ ، ص ١٧٣ .
(٥) تنص المادة ٢٣٧ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى الجديد على أنه " يجب على الخبير أن يؤدى رسالته بضمير وموضوعية ونزاهة" .
(6) Baptiste Rusconi : op. cit. p.665 .

على أن هذا الدور ليس ميسوراً ، فالخبير - عادة - عرضة للظن والإتهام بالتواطؤ والنيل من ائتمانه المهنى من جانب المضرور، إن لم يكن تقريره فى صالحه .[١]

٥٨- الصعوبات التى تثور بخصوص الخبرة فى المجال الطبى :

تمثل الخبرة أحد أهم مشكلات نظام المسئولية الطبية فيما يتعلق بإثبات الخطأ ، وهى مشكلة متعددة النواحى .

فمن ناحية ، يشكل القاضى والخبير زوجاً غير متماثل ، حيث يختلفان فى وجهات النظر وفى اللغة ، وينشأ عن ذلك صعوبات بعضها ذات صفة عامة ، والبعض الآخر يتعلق بالمجال الطبى بصفة خاصة .[٢]

فبوجه عام ، نجد أن انتقال تقدير الوقائع من المجال العلمى إلى المجال القانونى يكون صعبا ، فلكى تصبح الخبرة " وسيلة قضائية مناسبة " ينبغى أن ينتقل التقدير من المجال العلمى إلى المجال القانونى ، ولكن مثل هذا الإنتقال لايمكن أن يتم إلا بتقدير طبى مستمد من تقرير الخبير، وهنا يكمن الخطر ، إذ أن مثل هذا الإنتقال - كما يذهب البعض [٣] ، بحق - يكون حقلاً خصباً لفخاخ دقيقة ، يمكن أن ينزلق فيها أمهر القضاة ، وبكامل حسن النية .

وبوجه خاص ، كثيراً ماتختلط الناحية الفنية والناحية الطبية ، فيعد فنياً كل ما هو طبى ، وهذا الخلط يساهم بدوره فى زيادة غموض فكرة الخبرة الطبية ، فإن كانت الخبرة الطبية تبدو ضرورية فى بعض الأحيان ، فإنها فى أحيان أخرى لاتبدو كذلك ،

---

(1) Maire Helene : "L'assurance responsabilité civile des chirurgien ",1989, P. 75 .

(٢) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

(3) Jean Penneau : " Faute et erreur en matière de responsabilité médicale ", thése,1972, p. 45 .

ومع ذلك يتم اللجوء إليها ، وهذا ما يفسر اتجاه القضاة إلى توسيع مهمة الخبير ، دون ضرورة قانونية ، ومما يزيد الأمر سوءا أنه يحدث كثيرا أن يوسع الخبير تلقائيا من نطاق مهمته ، ويعطى تقديرا قانونيا للموقف ، وهو ما لايدخل فى اختصاصه .[١]

فاختصاص الخبير لا يجيز له - مثلاً - أن يعرف الخطأ ، إذ أن مثل هذا العمل من صميم عمل القاضى لما ينطوى عليه ذلك من تحليل قانونى ليس فى وسع الخبير أن يقوم به ، حيث يكون القاضى ، وحده ، قادرا على تقدير الأفعال وتقرير ما إذا كانت تنطوى على خطأ أم لا فى ضوء إلتزامات الطبيب .[٢]

ومن ناحية ثانية ، يلاحظ أن الحصول على تقرير موضوعى من الخبير تعترضه فى الواقع صعوبتان ، الأولى موضوعية والثانية شخصية .

فأما الصعوبة الموضوعية ، فتتعلق بالناحية الفنية للخبرة الطبية ، فليس من المؤكد بصفة مطلقة أن الخبير الذى يقوم بمهمته بالكامل فى وسط نظرى ، وفى المراكز العلمية الطبية ، يستطيع - فى مثل هذه الظروف - أن يقدر بدقة الموقف الذى وجد فيه الطبيب محل المسائلة ، والذى كان يمارس عمله فى ظروف واقعية مختلفة. إن الخبير لكى يقدم تقريراً صحيحاً يجب أن يكون فى مقدرته معرفة هذه الظروف الواقعية ، فالصعوبة هنا تتمثل إذا فى الإختلاف الكبير بين المعطيات المجردة والحقيقة الواقعية الملموسة .[٣]

وأما الصعوبة الشخصية فترجع إلى عدم حياد التقارير التى تقدم بواسطة الخبراء ، وأنها - كما يقول الأستاذ تانك [٤] - إما أن تنفى خطأ الطبيب محل المسائلة ، أو أن تنفى رابطة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر الذى أصاب المريض .

---

(١) محسن البيه : المرجع السابق ، نفس الموضع .

(2) Baptiste Rusconi : op. cit. p. 665 .

ويقرر القانون الألمانى ايضاً ــ على سبيل المثال ــ أن تقدير وجود خطأ فى العلاج اياً كانت درجته يخرج عن حدود اختصاص الخبير ، ويتولاه قاضى الموضوع دون غيره .

(٣) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٧٣ .

(4) Finon : op. cit. p. 59 .

فتلك التقارير - على الرغم من أنها تحصى مختلف الأسباب الممكنة لوقوع الضرر - لاتسير على وتيرة واحدة . ولاتلتزم بالإطار العلمى . حيث أنها تميل إلى إيثار علاقة الزمالة بين الخبير وزميله الطبيب محل المسائلة [١]

والحقيقة أن هذه الصعوبة من أدق صعوبات الخبرة الطبية . فالخبير المنوط به تقرير ما إذا كانت هناك مخالفة فنية أم لا من جانب الطبيب محل المسائلة ، هو طبيب من ذات الوسط الطبى ، والفرض أن علاقات زمالة قد قامت بينه وبين الأطباء الآخرين ، وهذه المهمة – مهمة الخبرة – تتناقل بينهم بالتناوب . [٢]

وبطبيعة الحال فإن تجاوز الخبير للقواعد الفنية التى تحكم عملية الخبرة لا يتسنى لرجل القانون أن يدركه ، كما أن القاضى نفسه – والمريض من باب أولى – لا تكون لديه القدرة على اكتشاف الخطأ الفنى [٣] ، ولا شك فى أن محاباة الخبير لزميله أمر يستأهل العقاب ، فضلاً عن كونه يشكل خطأً أدبياً جسيماً بالشرف والنزاهة . [٤]

وهكذا ، فإن قيمة الخبرة الطبية تعانى من احتمال اهتزاز الثقة فى الخبراء [٥] ،

---

(1) Jean Penneau : " La reforme de la responsabilité médicale " op. cit. p. 532 .
(2) Marie Helene : op. cit. p. 76
(3) Baptiste Rusconi : op. cit. p. 665
(4) Marie Helene : op. cit. p. 76

(٥) ولمحاولة التغلب على هذه الصعوبة بالتحديد قدمت العديد من الإ قتراحات ، منها الإقتراح المقدم من " لجنة الإصلاح القانونى" بكاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٩٧٦ . ـــ وهى لجنة شكلت لمواجهة مشكلات المسئولية المدنية بوجه عام ـــ حيث اقترحت هذه اللجنة أن يعهد بمهمة الخبرة الطبية إلى جمعيات مهنية ـــ تتأسس لهذا الغرض ـــ تتكون من خبراء فى القانون و الطب فى أن واحد لتحديد ما إذا كان المريض قد وقع تحت حدث يستحق التعويض عنه أم لا ، أى عما إذا كانت توابع الفعل الطبى قد اختلفت عما كان متوقعا من حالته السابقة ، ويكون للمريض الخيار بين تلقى التعويض وفقاً لمعدل سبق وضعه ، أو إقامة دعوى مسئولية مدنية . انظر فى عرض هذا الإقتراح

André Tunc : " Le spectre de la responsabilité civile " R.I.D.C.,oct. - déc. 1978,p. 1034 .

ايضاً ، اقترح الأستاذ Guillet باسم " أكاديمية الجراحين " أن يعهد بمهمة الخبرة إلى هيئة تشكل من ثلاث أطباء ، أحدهم على الأقل جراح ، وذلك تخفيفاً من حدة هذه المشكلة مشار إليه فى . R.F.D.C.,7 fév. 1981,p. 165

بسبب التضامن المهنى الذى يخلق نوعا من التسامح مع الزملاء الأطباء محل المسائلة .[1]

ومن ناحية ثالثة ، فإن غموضاً قد يحيط بالخطأ المنسوب إلى الطبيب ، وهذا الغموض لا يقصد به عدم وضوح تقرير الخبير فى تحديد وجود أو عدم وجود اخلال فنى من جانب الطبيب محل المسائلة ، وإنما يقصد به الغموض الذى يمكن أن ينتج كأثر لا ستعمال القاضى سلطته التقديرية فى التعقيب على تقرير الخبير .

وبيان ذلك أن اثبات الخطأ الطبى - بطريق الخبرة - إنما يتم على مستويين ، الأول فنى والثانى قانونى ، فحيث يقوم الخبير - على المستوى الفنى - ببحث الخطأ ، فهو لا يحل محل القاضى فى المجال القانونى ، وإنما يجب عليه أن يلتزم بحدود مهمته وهى دراسة ووصف الوقائع المادية فى إطار المعطيات الفنية [2] ، وعلى هذا المستوى الفنى - حيث يكون القاضى غير مختص - فإن اختصاص الخبير لابد أن يفرض نفسه .

أما على المستوى القانونى ، فإن اختصاص القاضى يسترد كامل فاعليته ، حيث يتمتع القاضى بسلطة تقديرية فى أن يعتد بتقرير الخبير أو أن يطرح ما جاء به [3] ، فالقاضى ليس ملزما باتباع رأى الخبير ولا بالنتائج التى خلص إليها تقريره [4] ، إذ لا يعدو هذا الأخير أن يكون عنصرا من عناصر الإثبات التى تخضع لتقدير القاضى [5] ، ولكن إن هو أخذ بذلك التقرير فإنه يجب عليه أن يطبقه كما هو دون تحريف أو تعديل ، وذلك لأن الطبيعة الفنية لعمل الخبير تحول دون أية منازعة فيه .[6]

---

(١) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٧٣ .

(2) Hertzog et Retail : " prncipes et cadre juridique de l'expertise judicaire ",p. 157 .

(٣) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٧٤ .

(٤) محمود جمال الدين زكى : " الخبرة فى المواد المدنية والتجارية " القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ١٦٥ .

(٥) نقض مدنى ١٤ / ١٢ / ١٩٨١ ، مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ، رقم ٤١٥ ، ص ٢٨٨٢ . وفى ذات المعنى :
cass. civ. 14 Déc. 1983, J.C.P. 1984,IV,p. 63 .

(6) Marie Helene : op. cit. p. 75 .

والمشكلة التى نحن بصددها لا تثور فى حالة اقتناع القاضى برأى الخبير وتطبيقه له ، وإنما تثور تلك المشكلة فى حالة عدم اعتداد القاضى برأى الخبير ، لأن هذا الوضع قد يخلق موقفا يوصف فيه القاضى بالتطرف .

فلئن كان من سلطة القاضى طرح ما ورد بتقرير الخبير والحكم طبقا لما يقتنع بأنه محقق للعدالة [(١)] ، إلا أن ذلك لن يكون يسيرا عليه فى كل الأحوال ما لم يقدم تبريرا قويا ومقنعا له . [(٢)]

ومما لا شك فيه أن معارضة القاضى لرأى الخبير - وهو صاحب الإختصاص الفنى - دون أن يدعم وجهة نظره بحجة قوية - مع صعوبة ذلك - من شأنها أن تضفى غموضا على الخطأ محل الإثبات بين الرؤية الفنية والرؤية القانونية .

ولذلك فإن القاضى - إذ يمارس سلطته التقديرية [(٣)] على تقرير الخبير - يجب عليه أن يراعى بين اعتبارين :

الأول : الحذر لما قد يكون من تضامن مهنى بين الخبير والطبيب محل المسائلة ، وفى ذلك يقول العميد Savatier : " الخبرة معهود بها من شخص عادى ، وهو القاضى ، إلى طبيب خبير ، تفرض على هذا القاضى أن يظل متيقظا " . [(٤)]

الثانى : الإعتداد برأى الخبير ، لا سيما فى المسائل الفنية التى قد يظن البعض من الأشخاص العاديين أنه يستطيع فهمها . [(٥)]

---

(١) وله فى سبيل ذلك أن يستدعى الخبير لاستيضاح ما قد يلتبس عليه ، وتكوين عقيدته فى ضوء ذلك انظر
Liliane Daligand .: "L'évalution du dommage corporel " , 1992,p. 158 .
وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٤٥ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى الجديد .

(٢) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٧٤ وما بعدها .

(٣) ويبرر هذه السلطة التى يتمتع بها القاضى فى التعقيب على تقرير الخبير أن القاضى ينقل تقرير الخبير من المجال الفنى إلى المجال القانونى معتدا فى ذلك بمجموع العناصر النفسية والإنسانية المحيطة بالمسألة محل النزاع ، وبالتالى فتطبيق المعطيات الفنية الواردة فى تقرير الخبير لا يتم بصورة مجردة ، فحرية التقدير التى يتمتع بها القاضى تتجه إذا إلى جعل هذه المعطيات الفنية قابلة للإستعمال فى المجال القانونى . انظر : بينو " المسئولية المدنية " بند ١٢٩ ، ص ١٤٣ . مشار إليه عند محسن البيه ، المرجع السابق ص ١٧٥ .

(4) Savatier : " La responsabilité civile " II, no. 778 .

(٥) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ١٧٥ .

إذا فاستعمال القاضى سلطته التقديرية فى التعقيب على قرار الخبير لابد وأن يكون استعمالا حذرا لئلا تزيد مشكلة اثبات الخطأ الطبى صعوبة وغموضا . (١)

٥٩- الخبرة الطبية فى الفقه الإسلامى :

زخرت فروع الفقهاء بالنصوص المتعلقة بالخبرة عموما ، وإن لم ينتظم أحكامها باب مستقل فى الفقه . (٢)

وقد أقروا مبدأ استشارة أهل الخبرة فى الطب متى تعذر على القاضى أن يفصل فى الأمر بغير الرجوع إلى مثلهم ، وهو مايتضح فى العديد من فروعهم التى أوردوها .

من ذلك ما جاء فى تبصرة الحكام من أنه " يرجع إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح فى معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه " . (٣)

---

(١) ولذلك ، وتفاديا لمثل هذا الغموض ، ومنعا لحدوث تحكم من جانب القاضى ، تقرر بعض التشريعات (لوكسوبورج ـ فنلندا ـ الدانمارك) أن تقرير الخبير ملزم للمحكمة ، ومن ثم يمتنع على هذه الأخيرة ممارسة أية سلطة تقديرية إزاءه ، وهذا الإتجاه التشريعى يختلف عما هو مقرر فى تشريعات أخرى (فرنسا ـ بلجيكا ـ سويسرا) من أن تقرير الخبير ليس ملزماللمحكمة

(٢) من فروع الفقهاء فى خصوص ذلك ، والتى أوردها الإمام ابن فرحون فى تبصرة الحكام (حيث عقد فصلا موجزا فى اختلاف أهل المعرفة) .

أ ـ الرد بالعيب : " اختلف الشهود فى العيب فقال بعضهم قديم وقال بعضهم : هو حديث ، وقال بعضهم هو عيب يجب به الرد ، وقال بعضهم : ليس بعيب ، فذلك تكاذب ولايرد " ، ايضا : " ويرجع إلى أهل المعرفة من التجار فى تقويم المتلفات وعيرب الثياب " .

ب ـ عيوب الزواج : إذا ادعى الزوج القرن ـ بفتح القاف وسكون الراء ، وهو شئ يكون فى فرج المرأة كالسن يمنع من الوطء ـ والرتق ـ بفتح الراء والتاء ، قطعة من اللحم تمنع من الوطء ـ وغيرها فى الزوجة ، وكذا إذا طلبت المرأة التفريق لوجود علة فى الزوج كالعنة ـ عدم القدرة على الجماع مع وجود الآلة ـ والجب ـ قطع العضو ـ فإن القاضى يؤجل الزواج سنة كاملة لتمكينه من الإتصال بزوجته خلال فصول السنة المختلفة ، فإذا أصرت الزوجة على دعواها ، فإنها تعرض على أهل الخبرة، فإن قالوا لاتزال بكرا فرق القاضى بينهما .

حـ ـ المسائل الخاصة بالنساء : " وكذلك يرجع إلى أهل المعرفة من النساء فى قياس الجرح وقدره إذا كان مما تجوز فيه شهادة النساء " .

د ـ مسائل الضرر التى يحدثها الإنسان بغيره : " وكذلك يرجع إلى أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الإنسان على جاره أو فى الطرقات ، وأنواع ذلك " .

انظر : تبصرة الحكام فى أصول الأقضية والأحكام ، تأليف الإمام الكامل برهان الدين أبى الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن فرحون اليعمرى المالكى ، وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام ، تأليف الشيخ الفقيه أبى محمد عبد الله بن عبد الله سلمون الكنانى ، المطبعة الأزهرية ، د.ت ، جـ ٢ ، ص ٧٧ .

(٣) تبصرة الحكام : المرجع السابق ، ص ٧٧ .

وكذا ما جاء فى الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية [١] ، من قوله " وقد صرح الأصحاب أنه يقبل شهادة الرجل الواحد من غير يمين عند الحاجة ، وهو ما نقله الخرقى فى مختصره ، فقال : ويقبل فى معرفة الموضحة - وهى التى توضح العظم حتى يبدو ويظهر - ، وداء الدابة ونحوها ، طبيب وبيطار واحد إذا لم يوجد غيره " .

ومن ذلك ايضا ما أورده ابن قدامة فى المغنى [٢] ، من أنه " إذا اختلف فى الشجة - وهى الجراح التى تكون فى الرأس والوجه - هل هى موضحة أو لا ، أو فيما كان أكثر منها أو أصغر منها كالباضعة - وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه - ، أو فى غيرها من الجراح التى لايعرفها إلا الأطباء ، أو اختلف فى داء يختص بمعرفته الأطباء ، أو فى داء الدابة ، فظاهر كلام الخرقى أنه إذا قدر على طبيبين أو بيطارين لايجزئ واحد ، وإن لم يقدر على اثنين أجزأ واحد ، لأنه مما لايمكن كل واحد أن يشهد به ، لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة ، فاجتزئ فيه بشهادة واحد " .

وقد عنى الفقهاء بمسألة التأكيد على توافر الثقة فى شهادة الخبير ، فأشاروا إلى أن تعدد الخبراء أولى من انفراد خبير واحد بإبداء رأيه فى محل النزاع ، وإن كانوا قد أجازوا شهادة الواحد .

فقد جاء فى تبصرة الحكام أنه - أى عمل الخبرة - " يصح من الرجل والمرأة والمسلم والكافر والفاسق ، ولايشترط فيه العدد ، فيجوز الرجوع إلى خبير واحد أو أكثر ، لأنه يشبه الشهادة من جهة لأنه إلزام لمعين ، ويشبه الرواية من جهة ثانية لأن حكمه ينفذ " . [٣]

---

(١) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ، ص ٩٦ ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، تحقيق الشيخ هيج غزاوى .

(٢) المغنى ، جـ ١٢ ، ص ١٦٢ .

(٣) تبصرة الحكام ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٢٨ حيث قال : " وأجازوا الحكم بقول الطبيب النصرانى فى العيوب وفى مقادير الجراح وتسميتها " . ومع ذلك ، فقد اشترط المالكية العدد والعدالة إذا تعلق الأمر بالإخبار عن حد من الحدود كتقويم المسروق ، أو تعلق به عبادة كالهلال فى رمضان ، فيشترط اثنان عدلان لأنه من باب الشهادة . انظر : تبصرة الحكام ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

وجاء فى كشاف القناع أنه " يقبل قول الواحد والإثنان أولى ، فيقبل قول طبيب واحد فى الجروح والأمراض ، وقول بيطار فى الدواب وغيرها ، وتقبل شهادة امرأة واحدة فيما لايطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والبكارة والثيبوبة ونحو ذلك ، وتعتبر شهادة المرأة فى هذه الحالات من قبيل ابداء الخبرة فيما يختص بها ، والأحوط اثنتان للخروج من الخلاف " . [1]

كما ورد فى بعض فروع الفقه الجعفرى أنه " لاينبغى الإشكال فى الرجوع إلى أهل الخبرة والإعتماد على قولهم ، ولايشترط فيهم التعدد ولا العدالة ولا الإسلام كما هى فى الشهادة ، لأن الشهادة تكون عن حس ، أما أهل الخبرة فقولهم عن رأى وحدس " . [2]

وإذا تعدد الخبراء ثم اختلفوا فى المسألة المطروحة ، أو اختلف المقومان ، أو اختلف القائفان [3] ، فإما أن تسقط أقوالهما ، أو أن يقضى بأعدلهما ، أو يعين خبير ثالث يكون له القول الفصل بينهما . [4]

---

(١) كشاف القناع على متن الإقناع لمنصور بن ادريس البهوتى الحنبلى ، حـ ٤ ، ص ٢٧١ ، المطبعة العامرة الشرفية بمصر ، ط ١ ، سنة ١٣١٩ هـ .

(٢) محمد جواد مغنية : أصول الإثبات فى الفقه الجعفرى ، ص ١٦٥ ، هامش رقم ٢ ، مطبعة دار العلم للملايين ، بيروت ، ط ١ ، سنة ١٩٦٤ م .

(٣) القائف هو الذى يعرف الآثار أو هو الذى يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود ، وعمله القيافة وهى الحاق الولد بأصوله لوجود الشبه بينه وبينهم ، والقيافة من قبيل الخبرة ، وهو عمل مشروع يلجأ إليه عند التنازع والإشتباه بالولد سواء أكان حرا أم عبدا ، وإن كانت قد ظهرت وسائل حديثة فى هذا الخصوص كتحليل فصيلة الدم أو السائل المنوى . انظر : محمد مصطفى الزحيلى : وسائل الإثبات فى المعاملات المدنية والأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، ص٥٩١ ومن الجدير بالذكر ، أن فحص فصيلة الدم ليس دليل إثبات قاطع لنسبة ولد إلى رجل بعينه ، ولكن العكس هو الصحيح ، فهذه الطريقة دليل إثبات قاطع على نفى النسب ، وهوما يعنى أن هذه الوسيلة ذات أثر سلبى فى المقام الأول ، فهى تصلح لنفى البنوة لا لإثباتها ، لأنه لا يلزم من إتحاد فصيلة دم الولد مع الشخص الذى ينسب إليه ان يكون ابناً شرعياً له ، فقد تكون امه قد حملت من شخص اخر يحمل نفس فصيلة دم زوجها . انظر : د. انور محمود دبور : " إثبات النسب بطريق القيافة فى الفقه الإسلامى . بحث مقارن " دار الثقافة العربية ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م ، رقم ٩٦ ، ص ٩٥ .

(٤) تبصرة الحكام ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٧٦ حيث أورد ابن فرحون أنه " ... يقضى بأعدل البينتين ممن له بصر بعيوب الدور ... " وكذا قوله " إذا اختلف المتقومون للسرقة فقال بعضهم : لاتبلغ قيمتها ثلاثة دراهم ، وقال غيرهم : قيمتها ثلاثة دراهم ، قال فى المدونة : إذا اجتمع عدلان من أهل البصر على أن قيمتها ثلاثة دراهم قطع ، وكذا قال مالك فى سماع عيسى : إذا اجتمع على السرقة =

يمكن القول ، إذا ، أنه لا اختلاف بين الفقه القانونى والفقه الإسلامى في ضرورة الرجوع إلى أهل الخبرة فى كل حالة يشكل على القاضى فيها الأمر، ومنها الأمور الطبية التى يختص الأطباء ، وحدهم ، بعلمها ، كما أنه لااختلاف بينهما كذلك فى ضرورة بذل الحيطة للحد من احتمال اهتزاز الثقة واعتبارات المجاملة فى تقرير الخبراء ، وذلك عن طريق الأخذ بمبدأ تعدد الخبراء وعدم ترك ابداء الرأى الفنى إلى خبير واحد .

- رجلان لم يلتفت إلى من خالفهما ... ثم قال فى آخر المسألة : قلت : فإن دعى أربعة فاجتمع رجلان على قيمته ينظر القاضى إلى أقرب التقويم إلى السداد ، ونظر القاضى أقرب القيمة إلى السداد هو أن يسأل من سواهم حتى يتبين له السداد من ذلك ، قاله ابن رشد فى البيان "

المطلب الخامس
توجه لقضاء النقض الفرنسى نحو اعتناق مسئولية موضوعية فى المجال الطبى

٦٠- مظاهر هذا التوجه :

لم تغفل محكمة النقض الفرنسية - ولم يكن لها أن تفعل - دقة المشكلات التى تثور بخصوص ركن الخطأ فى المسئولية الطبية ، فقد أدركت ضرورة التحلل ، ولو جزئيا ، من التقيد بقواعد المسئولية الشخصية التى ترتكز أساسا على الخطأ واجب الإثبات .

وقد بدت مظاهر هذا التوجه نحو المسئولية الموضوعية فى أمرين ، الأول هو ميل القضاء الفرنسى نحو التوسع فى تقرير قيام المسئولية الطبية ، والثانى هو خرقه مبدأ الإلتزام ببذل عناية .

٦١- أولا : ميل القضاء الفرنسى نحو التوسع فى تقرير قيام المسئولية الطبية :

وقد ثبت ذلك عن محكمة النقض فى غير حكم لها [١] ، من ذلك ما قررته الدائرة الأولى لها فى ٢١ مايو١٩٩٦ من قيام مسئولية الجراح على أساس توافر قرينة على الخطأ فى جانبه بسبب إصابة المريض بعدوى بمناسبة إجراء جراحة له [٢] ، والملاحظ على هذا

---

(1) cass. 29 nov. 1989 : Bull. civ. I, no. 356 ; RCA 1990, comm. no. 25 ; cass. 1re civ. 28 juin 1989 : Bull. civ. I, no. 266 ; D. 1990, p. 413, note Y. Dagorne-Labbé ; RCA 1989, comm. no. 343 ; cass. 9 oct. 1985 : Bull. civ. I, no. 250 .

(2) cass. 1re civ., 21 mai 1996 : Bull. civ. I no. 219 ; JCP 1996, éd. G. I, 3958, no. 24 et s., obs. G. Viney ; RCA 1996, comm. no. 265 et H. Grroutel , chron. no. 29 ; RTDC 1996, p. 913, obs. P. jourdain ; Gaz. Pal. 1997, II, p. 565, note Hocquet-Berg .

الحكم أنه ، من ناحية ، يقصر وجود القرينة على الخطأ على حالة حدوث العدوى داخل صالة العمليات ، ومن ناحية أخرى ، لم يصل إلى الحد الذى يقرر فيه وجود إلتزام بتحقيق نتيجة على عاتق الجراح ، وإن كان قد أحدث ثغرة فى مبدأ ضرورة توافر الخطأ الثابت كركن لازم لقيام مسئولية الطبيب .[١]

٦٢- ثانياً : خرق مبدأ الإلتزام ببذل عناية :

وقد سلك القضاء الفرنسى هذا المسلك بخصوص بعض مجالات النشاط الطبى ، حيث أحدث ثغرة فى مبدأ التزام الطبيب ببذل عناية ، وذلك فيما يتعلق بالأطباء أو المراكز العلاجية التى تقوم بتوريد منتجات أو أجهزة معينة ، فقرر أن الإلتزام فى مثل هذه الأحوال هو التزام بتحقيق نتيجة .

ففى مجال زراعة الأسنان ، قضى بأنه " إذا كان جراح الأسنان يلتزم - من حيث المبدأ - ببذل عناية فيما يخص أعمال العلاج التى يقوم بها ، إلا أنه يأخذ على عاتقه التزاما بتحقيق نتيجة ، باعتباره ملتزماً بتوريد منتج ما - متمثل فى الأنسجة التى يزرعها للمريض - خال من العيوب[٢]، وهو ما أكدته محكمة النقض بخصوص زراعة أى مادة أو نسيج داخل جسم المريض .[٣]

وفى مجال نقل الدم ، سلك القضاء الفرنسى ذات المسلك ، بأن وضع على عاتق مراكز نقل الدم التزاما بتحقيق السلامة ، حيث يجب عليها أن تورد دماً خالياً من أى عيب .[٤]

---

(1) G. VINEY et P. JOURDAIN : " l'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la cour de cassation ?, JCP, éd. G. 1997, no. 17, doc. 4016, p. 182 .
(2) cass.22 nov. 1994 : Bull. civ. I, no. 340 ; RTDC 1995, p. 375, obs. P. jourdain .
(3) CA Dijon, 12 avr. 1994 : D. 1995, somm. p. 101, obs. J. Penneau .
(4) cass. civ. 14 nov. 1995 : Bull. civ. I, no. 414 ; cass. civ. 9 juill. 1996 : Bull. civ. I, no. 303 et 304 .

٦٣- وسيلة القضاء الفرنسي لتبني مسئولية موضوعية في المجال الطبي :

اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فكرة التمييز بين الحادثة الطبية ، وبين مجرد إخفاق العلاج ، وأخذت بناء على ذلك بالمسئولية الموضوعية فى الحالة الأولى ، وقصرت الأخذ بالمسئولية الشخصية المؤسسة على الخطأ على الحالة الثانية ، ويبدو هذا الإتجاه جليا فى قضاء المحكمة فى حكمين حديثين متتابعين ، لم تطبق فيهما ذات الحل تأسيسا على فكرة التمييز بين الحادثة الطبية وبين إخفاق العلاج .

وقبل أن نعرض لهذه الفكرة بالبيان ، فإنه يجدر بنا أن نتفحص هذين الحكمين الهامين الصادرين فى ٧ يناير ١٩٩٧ ، و٢٥ فبراير ١٩٩٧ على الترتيب .

٦٤- حكم ٧ يناير ١٩٩٧ :

وقد صدر هذا الحكم (١) ، بمناسبة دعوى تتحصل وقائعها فى أن مريضا كان يعانى من آلام فى ذراعه الأيسر نتيجة ضغط واقع على أعصاب وشرايين الذراع عند اتصاله بالصدر ، مما استلزم إجراء جراحة له ، وأثناء إجراء هذه الجراحة ، ولتشابك وتلاحم العديد من الشرايين العصبية فى هذا الجزء ، قطع الجراح شريانا شديد الإلتصاق بالشريان الذى تجرى الجراحة من أجله ، مما أحدث نزيفا للمريض ، ترتبت عليه وفاته . أقامت زوجة المضرور دعوى المسئولية ، وبالرجوع إلى رأى الخبراء قرروا أن الجراحة تمت وفقا للأصول الطبية السليمة ، وأن الوفاة قد حدثت نتيجة تفاقم استثنائى غير متوقع فى حالة المريض .

وعلى الرغم مما قرره الخبراء ، إلا أن محكمة Evry الإبتدائية قضت بقيام مسئولية الجراح على أساس أنه ارتكب مسلكا غير سليم فى إجراء الجراحة ، وصفته بأنه يمثل رعونة وخرقا للأصول الطبية .

---

(1) cass. Ire civ. 7 janv. 1997 : Gaz. Pal. 7-8 fév. 1997, flash juripr. p. 32 .

وفى ٣٠ يونيو ١٩٩٤ ذهبت محكمة استئناف باريس عكس ذلك ، حيث قضت بأنه لم تكن هناك أية رعونة أو خطأ من جانب الجراح ، وأن الوفاة قد حدثت نتيجة تفاقم استثنائى وغير متوقع فى حالة المريض .

وحين طعن فى هذا الحكم بالنقض ، ذهبت محكمة النقض إلى أن القول بانتفاء المسئولية - كما قضت محكمة استئناف باريس - يمثل خرقا للمادتين ١١٣٥ و١١٤٧ من التقنين المدنى [١] ، وبناء على ذلك ، قررت أن الضرر الذى حدث للمريض قد وقع بفعل الجراح بقطع النظر عن ثبوت الخطأ فى جانب هذا الأخير من عدمه .

وبنظرة إلى هذا الحكم ، نستطيع أن نقرر - وبلا تردد - أننا بصدد مبدأ جديد وحاسم لمحكمة النقض ، وهو أن مجرد صدور الفعل من جانب الطبيب يكفى لقيام مسئوليته ، ولو لم يكن هذا الفعل منطويا على خطأ من جانبه ، وبعبارة أخرى ، فإن وقوع " حادثة طبية أو جراحية " يكفى لتحقق مسئولية الجراح ، ولو لم تنطو هذه الحادثة على أى خطأ يمكن نسبته إليه .

٦٥- حكم ٢٥ فبراير ١٩٩٧ :

صدر هذا الحكم [٢] ، مناسبة دعوى تتحصل وقائعها فى قيام جراح أثناء إجراء جراحة لمريض يعانى من انسداد الناسور بإمرار بالون مطاطى غير منتفخ ، متصل بأنبوب ، خلال المجرى المراد توسعته لدى المريض ، وحين أراد الجراح سحب هذا البالون

---

(١) تقضى المادة ١١٣٥ بأنه يجب تنفيذ العقد وفقا لما تقتضيه اعتبارات العدالة والعرف المعتبر ، كما تقضى المادة ١١٤٧ بأن المدين الذى أخل بالتزامه يلتزم بالتعويض سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا أثبت أن هذا الإخلال يرجع إلى سبب أجنبى لايد له فيه .

(2) cass. Ire civ. 25 fév. 1997, JCP 1997, éd. G. no. 11 .

- من هذا المجرى لتوسعته - بعد نفخه بواسطة الأنبوب المتصل به ، وقع أمر غير متوقع ، حيث انفصل البالون عن الأنبوب وانطلق نحو الشريان السباتى ، ومنه إلى أحد شرايين المخ ، مما أعاق سير الدم فى المخ ، وأفضى إلى إصابة المريض بشلل نصفى .

وفى ضوء تقارير الخبرة ، قضت محكمة استئناف Lyon بعدم وجود خطأ فى جانب الطبيب ، أو عيب فى الأدوات المستخدمة ، وأن الحادث يعد من قبيل المخاطر الملازمة للنشاط الجراحى ، وانتهت ، بناء على ذلك ، إلى انتفاء المسئولية عن الجراح .

طعن فى هذا الحكم بالنقض على أساس اخلال الجراح بالتزامه بتحقيق السلامة ، غير أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن ، وأيدت الحكم المطعون فيه فيما قرره من انتفاء مسئولية الجراح على أساس أن هذا الأخير لايلتزم فى مواجهة مريضه إلا ببذل عناية ، مؤكدة أن مسلك الجراح ليس متفقا مع ما تقضى به الأصول الفنية لمهنة الطب وحسب ، وإنما هى الأفضل وفقا لتلك الأصول ، الأمر الذى قررته تقارير الخبراء حيث أثبتت هذه الأخيرة أن الأداة المستخدمة لم يكن يشبها أى عيب ، وأن الجراح قد قام بالتحقق من ذلك قبل استخدامها .

واستطردت المحكمة قائلة " إنه لم تكن هناك أية رعونة أوخرق لأصول المهنة من جانب الجراح حين استخدم هذه الأداة وأن عمله قد اتسم باليقظة والحذر والمطابقة للأصول العلمية والمهنية " .

وفى ضوء ذلك ، انتهت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه قد أصاب صحيح القانون حين نفى مسئولية الجراح سواء فى مرحلة الإعداد للجراحة أو أثناء إجرائها .

ومن جانبنا ، نستطيع أن نقرر أن محكمة النقض ، فى هذا الحكم ، قد التزمت جانب الإخلاص للمسئولية الخطئية ، مؤكدة المبدأ الذى قرره حكم Marcier الشهير عام ١٩٣٦ من أن التزام الطبيب فى مواجهة مريضه هو - بحسب الأصل - التزام ببذل عناية

كما يمكن أن نلاحظ أنها لم تأخذ بفكرة الحادثة الطبية التى سبق لها أن طبقتها فى حكم ٧ يناير ١٩٩٧ ، الأمر الذى دعا البعض [١] ، إلى التساؤل عما إذا كانت المحكمة العليا تنقسم على نفسها بمثل هذه الأحكام التى يوحى ظاهرها بذلك .

والحق أن الجواب عن هذا التساؤل يكمن فى فكرة التمييز بين الحادثة الطبية وبين مجرد إخفاق العلاج ، تلك الفكرة التى أخذت بها المحكمة فى حكميها السابقين ، والتى نعرض لها حالا مفهوما وشروطا .

٦٦- الحادثة الطبية هى المجال الطبيعى للمسئولية الموضوعية :

يذهب البعض [٢] - بحق - إلى أن إقرار القضاء مسئولية غير خطئية يتعين أن يكون هو الحل واجب التطبيق فى كل حالة يرجع فيها الضرر المتحقق إلى واقعة يمكن وصفها بالحادثة .

ويتوقف وجود هذه الأخيرة ، من ناحية ، على الضرر ذاته ، ومن ناحية أخرى ، على العمل الطبى .

فمن جهة أولى ، يجب ألا يكون الضرر الواقع نتيجة طبيعية ومتوقعة على مجرد إخفاق العلاج ، وهو ما يتحقق عندما يكون هذا الضرر ضررا جديدا ليس من شأن التطور العادى لحالة المريض أن يأتى به. وبعبارة أكثر تحديدا ، يمكن القول إن شذوذ الضرر المترتب ، بالنظر إلى حالة المريض والعناية المبذولة فى علاجه ، يستدل منه على أننا بصدد" حادثة طبية " وليس مجرد " إخفاق للعلاج " .

ويمكن أن نضرب على ذلك مثلا بسيطا بحالة الشلل الكلى أو الجزئى ، أو الإضطرابات العصبية الجسيمة التى تنجم عن إجراء فحص بسيط أو جراحة عادية ، أو

---

(1) G. Viney et P. Jourdain : op. cit., p. 181 .
(2) Ibid., p. 184 .

حدوث الوفاة إثر تخدير المريض ، أو حدوث عدوى بمرض يفضى إلى الوفاة عادة على أثر نقل دم ، ومن هذه الحوادث الطبية كذلك ، الإصابات التى يمكن أن تقع على أثر تدخل جراحى كالحروق والصعق الكهربائى أو سقوط المريض من على منضدة الجراحة ، ففى كل هذه الفروض السابقة لايمكن اعتبار مثل هذه الحوادث آثارا عادية للعمل الطبى المبذول من أجل علاج المريض . (١)

ومن جهة ثانية ، يلزم أن يكون الضرر المتحقق راجعا إلى عمل مادى لاتقتضيه أعمال العلاج ، كأن ترجع الرضوض التى تلحق بجسم المريض إلى الإستخدام السئ للأجهزة والآلات من جانب الطبيب ، أو أن يلحق الجراح الضرر بعضو آخر للمريض خلاف العضو المراد إجراء الجراحة له .

والملاحظ فى هذين الفرضين أن الضرر قد نتج عن فعل منفصل عن العمل العلاجى ، وبالتالى فهو ضرر غير مترتب على مجرد إخفاق للعلاج الذى يصح أن يثار بخصوصه - وحده - التزام الطبيب ببذل عناية ، على العكس من الضرر الذى يقع نتيجة " حادثة طبية " والذى يتعين اخضاعه لنظام آخر . (٢)

وإذا أعدنا النظر فى حكمى ٧ يناير و٢٥ فبراير ١٩٩٧ نجد أنه على الرغم من أنهما يتعلقان بواقعتين يصح اعتبار كل منهما حادثة طبية ، إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذ النظر إلا فيما يخص الحكم الأول دون الثانى .

يؤكد نظرنا أن تحليل الواقعتين يثبت ذلك ، ففى حكم ٧ يناير ١٩٩٧ وهو الحكم المعروف بحكم franchot ، حدثت الوفاة نتيجة نزيف ، الأمر الذى لايمكن اعتباره تطورا

---

(1) Ibid., p. 184 .
(2) Ibid., p. 185 .

متوقعا لفشل الجراحة ، ويصح اعتباره حادثا طبيا - وهو ما أصابت المحكمة بتقريره - حيث أن غاية مايمكن أن يترتب على فشل الجراحة هو عدم تحسن حالة المريض أو عدم منع تفاقمها أضف إلى ذلك ، أن قطع شريان - وهو ما أدى إلى حدوث النزيف سبب الوفاة - خارج نطاق العمل الجراحى يعد عملا ماديا منبت الصلة عن أعمال العلاج الواجب بذلها للمريض ، مما يمكن معه القول إن التدخل الجراحى لم يحقق الغاية المرجوة منه فحسب ، وإنما ترتب عليه - فضلا عن ذلك - ضرر جديد لاصلة له لابحالة المريض السابقة ، ولابالتطور المتوقع الذى كانت ستسير عليه تلك الحالة .

ذات التحليل يمكن أن ينطبق على حكم ٢٥ فبراير١٩٩٧ ، والمعروف بحكم Communaité urbaine de Lyon حيث أن انفصال البالون عن الأنبوب ، وانطلاقه نحو أحد شرايين المخ وإغلاق مجرى الدم فيه، وما ترتب عليه من إصابة المريض بشلل نصفى ، أمر متميز تماما عن أعمال العلاج ، وعلى الرغم من أنه لم يكن هناك أى مأخذ أو تقصير على مسلك الجراح ، أو خلل أو قصور فى الأداة المستخدمة ، مما يقطع بأن الضرر الواقع ناشئ عن حادثة طبية ، إلا أن المحكمة لم تهتد إلى ذلك ، الأمر الذى يتعذر معه فهم أو تفسير حكمها فى هذا الموضع .[١]

ولذلك لانستطيع - من جانبنا - أن نخفى شعورنا بعدم عدالة هذا القضاء - أى حكم ٢٥ فبراير١٩٩٧ - تجاه المضرور الذى لم يحصل على تعويض مستحق ، والحال أنه كان ضحية لحادث وقع بالفعل ، وقد كانت المحكمة فى غناء عن أن تكلف نفسها عناء البحث عن مدى توافر الخطأ من عدمه .

---

(1) Ibid., p. 185 .

٦٧- إخفاق العلاج هو المجال الطبيعي للمسئولية الخطئية :

إذا لم يكن الضرر ناشئا عن حادثة طبية بالتحديد المتقدم ، وإنما عن إخلال بالعناية الواجبة من الطبيب لمريضه ، فإن مبدأ الإلتزام ببذل عناية هو المبدأ المتعين إعماله فى هذا الفرض .

ويبرر ذلك اعتباران ، الأول هو أنه ليس من المعقول أن يفرض على الطبيب التزام عام بتحقيق نتيجة لمنافاة ذلك وتجاهله لطبيعة النشاط الطبى التى تتسم بالمخاطر وعدم ثبات تقنيات ممارسة المهنة الآخذة فى التطور بصورة مذهلة ، وإن كان ذلك لايحول دون القول بهذا الإلتزام متى تعلق الأمر بفحوص بسيطة لايثور بخصوصها أدنى شك فى ضرورة تحقق النتيجة المرجوة منها ، وهذا التوازن بين الإبقاء على المسئولية الخطئية كقاعدة ، والمسئولية غير الخطئية كاستثناء يسمح للمسئولية المدنية بأن تحتفظ بدورها الأخلاقى فى ردع الأخطاء. (١)

والثانى هو أنه حتى إذا حدث ونظم المشرع مسئولية موضوعية بعيدة عن أى خطأ من جانب الطبيب ، فإنه يلزم أن يترك مجال تعمل فيه المسئولية الخطئية ، حيث سيكون من المسلم به أن يتقرر حق رجوع الذمة الجماعية - سواء كانت هذه الذمة شركة تأمين أو صندوق ضمان - التى تضطلع بتعويض ضحايا النشاط الطبى على الغير المسئول عن طريق الحلول محل المضرور، الأمر الذى قرره قانون ٣١ ديسمبر ١٩٩١ بخصوص تعويض ضحايا الإيدز. (٢)

وينحصر نطاق إعمال مبدأ الإلتزام ببذل عناية فى حالة إخفاق العلاج ، أو عدم إحداث العلاج أثره المتوقع ، فينبغى فى هذه الحالة أن تقوم المسئولية على الخطأ واجب الإثبات .

---

(1) S. Hoquet-Berg : " obligation de moyens ou obligation de résultat. à propos de la responsabilité médicale ", th. paris XII, 1995, no. 26.
(2) G. Viney et P. Jourdain : op. cit., p. 186 .

ويدخل فى معنى إخفاق العلاج تلك الأضرار التى تعتبر نتائج مباشرة وحتمية للتدخل الطبى ، حتى ولو كانت هذه الأضرار غير عادية أو استثنائية ، كتلك الآثار الجانبية التى تقع بمناسبة التخدير متى كان ذلك ناشئا عن خرق من جانب الطبيب لأصول عمله .[1]

ويبقى أن نقرر أننا سنظل بصدد مشكلة دقيقة تتعلق بتمييز الحد الفاصل بين الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بتحقيق السلامة ، وهى المشكلة التى تبدو جلية فى كل حالة يكون فيها سبب الضرر كامنا أو مجهولا .

والمتعين على القضاء ، فى هذا الخصوص ، أن يستعين بالمعايير المتقدمة (طبيعة الضرر ، الفعل الضار المجرد عن الخطأ) ، كما يمكنه أن يعتبر التزام الطبيب التزاما بنتيجة حين يسعه أن يعتبر الضرر الواقع أجنبيا عن مجرد إخفاق العلاج .

ولذلك ، لايفوتنا أن نؤكد على أن هذا الإتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية ، المتبنى لفكرة الحادثة الطبية ، ليس من شانه أن يذلل كل الصعوبات التى تعن للقاضى ، وإن كان يمكنه من أن يقرر تعويض عدد غير قليل من ضحايا الحوادث الطبية ، على أن يبقى الحل الأنجع فى انتظار التدخل الضرورى للمشرع .[2]

---

(1) Ibid., p. 186 .
(2) Ibid., p. 186 .

المبحث الثانى
الضـــرر

٦٨- تقســـيم :

نتناول الضرر كركن من أركان المسئولية فى المجال الطبى ، من خلال التعرض للمفهوم التقليدى له ، ثم نتبع ذلك ببحث المفهوم الحديث له ، على أن يكون ذلك فى مطلبين متتاليين .

المطلب الأول
المفهوم التقليدى للضــرر

٦٩- مفهوم الضرر فى الفقه القانونى :

تقوم المسئولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر . (١)

والضرر - بوجه عام - هو الأذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه ، أو فى مصلحة مشروعة له ، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن (٢) ، فهو يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام ، أو التأخر فى الوفاء به . (٣)
وهو ركن لقيام مسئولية الطبيب ، فلا يكفى مجرد وقوع الخطأ ، ولايكون هناك محل لتعويض المريض مالم يثبت أن هذا الخطأ قد ألحق به ضررا ما . (٤)

---

(١) أنور سلطان : " مصادر الإلتزام فى القانون المدنى الأردنى — دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى " منشورات الجامعة الأردنية ، ط ١ عمان ، سنة ١٩٨٧ ، ص ٢٣٩

(٢) سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٥٥٢

(٣) السنهورى : الوسيط ، جـ ١ ، ص ٩٣٢

(4) M. H. Seugy : " L'assurance responsabilité civile des chirurgiens " 1989, p. 46

وللضرر صورتان ، فقد يكون ماديا ، وقد يكون معنويا ، والأول هو الذى يصيب الشخص فى جسده أو فى مصلحة مالية له [١] ، ومثاله فى نطاق المسئولية الطبية ، ما يتكبده المريض من نفقات علاجية ، أو عدم قدرته مزاولة عمله الذى يقتات منه سواء بصورة مؤقتة أو بصورة دائمة ، وما يترتب على ذلك من خسائر مالية له [٢] ، أما الثانى ، فهو كل مايمس للمضرور مصلحة مشروعة دون أن يسبب له ذلك خسارة مالية [٣] ، كالإضرار بسمعته أو شرفه أو ما يسببه له من ألم جسمانى وألم نفسى . [٤]

ويجب أن ينطوى الضرر ، فى أى من صورتيه ، على إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمريض [٥] ، كأن يحرم من مزاولة حياته بصورة طبيعية ، كحرمانه من الحق فى سلامته الجسدية ، وما يترتب على ذلك من حرمانه من العمل والتكسب .

ويشترط فى الضرر ، ايا كانت صورته ماديا أو أدبيا ، شرطان ، الأول ، أن يكون وقوعه محققا ، والثانى ، أن يكون مباشرا .

فيجب ، أولا ، أن يكون الضرر محققا Certain [٦] ، بأن يكون قد وقع بالفعل ، أو أن يكون وقوعه مؤكدا ، ومثال الضرر الذى وقع فعلا وفاة المريض ، أو إصابته بعاهة أو تشوه إثر إجراء جراحة له ، ومثال الضرر المستقبل المؤكد الوقوع ، إصابة المريض بعاهة كفقد الإبصار بإحدى عينيه ، وأن تثبت التقارير الطبية أنه بحاجة إلى إجراء جراحة خلال بضع سنوات لمنع مضاعفات هذه العاهة لئلا يفقد الإبصار فى عينه الأخرى ، ففى

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر : " المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية " دار المعارف ، ط ٢ ، ١٩٧٩ ، ص ٣٣٣ .

(2) Finon : op. cit., p. 26 .

(٣) سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٥٥٣ .

(٤) أحمد شرف الدين : " التعويضات عن الأضرار الجسدية " بدون سنة طبع ، ص ١٥ .

(٥) الأبراشى : المرجع السابق ، ص ١٨٦ ، العسيلى : المرجع السابق ، ص ٢٢٣ .

(٦) عرفت محكمة النقض المصرية الضرر المحقق بقولها " إن الضرر يكون محققا إذا كان واقعا فعلا ، أو كان سيقع حتما " نقض مصرى ١٣ مايو ١٩٦٥ ، المجموعة الرسمية لأحكام محكمة النقض ، ع١٦ ، رقم ٩٣ ، ص ٥٧٠ .

هذه الحالة يكون من حق المريض أن يطالب بالتعويض عما سينفقه في هذه الجراحة المستقبلة .[١]

ويختلف الحال فيما إذا كنا بصدد مجرد ضرر احتمالي، وهو الذي لا يمكن التحقق من أنه سيقع ، ومثل هذا الضرر ينتفي عنه شرط التحقق ، ومن ثم لا يعوض عنه[٢] ، ويمكن التمثيل لهذا الضرر، بما يصيب الوالدين من ضرر لوفاة ابنهما الحدث نتيجة خطأ طبي ، حيث لا يمكن الجزم بأن هذا الإبن كان سيعول والديه فيما لو امتد به العمر ، وبالتالي فإن ما أصاب الوالدين من ضرر لا يكون محلا للتعويض[٣]

كما يجب ، ثانيا ، أن يكون الضرر مباشرا Directe[٤] ، أي يكون ناتجا مباشرة عن خطأ الطبيب ، ومن ثم لا يكون هناك محل لمسائلة الطبيب إلا عن نتائج تدخله التي أدت إلى تفاقم حالة المريض[٥]، ولذلك مثلا ، لا مسئولية على طبيب كلف بعلاج شخص من داء في عينه بعد أن فقدت العين الإبصار .[٦]

---

(١) العسيلي : المرجع السابق ، ص ٢٣١ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل لا يكفي للحكم بالتعويض ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر في تقدير التعويض المحكوم به للمطعون عليها الأولى على ما أصابها من ضرر مادي على القول بأنها كانت تعتمد في معيشتها على ابنها المجني عليه سالف الذكر قبل ذلك كان يعول فعلا والدته على وجه مستمر ودائم ، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه التقصير في التسبيب " (طعن مدني ٤٩٤ لسنة ٤٩ بتاريخ ١٧ مارس ١٩٨١ مذكور عند عدلي خليل : الموسوعة القانونية في المهن الطبية ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، سنة ١٩٨٩ ، ص ١٥٤ ، ١٥٥) .

(٣) العسيلي : المرجع السابق ، ص ٢٣٧ .

(٤) يذهب البعض إلى أنه لا يشترط في الضرر أن يكون مباشرا إلا في نطاق المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية التي يمكن أن يكون الضرر فيها غير مباشر ، ويرى الأستاذ الدكتور سليمان مرقس أن الضرر في كلتا المسئوليتين يجب أن يكون مباشرا ، على أساس أن هذا الشرط ليس خاصا بالضرر ، وإنما هو نتيجة حتمية لاشتراط ركن السببية (انظر سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٥٥٤) .

(5) Y. Lambert - Faivre : " Vers le principe d'une responsabilité médicale objective pour risque " R. Maro. Dr. Ec. Dev., no. 32, 12 - 13 nov. 1994, 105 .

(٦) الإبراشي : المرجع السابق ، ص ١٨٥ .

٧٠- مفهوم الضرر فى الفقه الإسلامى :

كما أن الضرر ركن للمسئولية فى الفقه القانونى ، فإنه يحتل ذات المرتبة فى الفقه الإسلامى ، فلاضمان بغير ضرر ، وقد عرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه " إلحاق مفسدة بالغير " (١) ، أو هو " الأذى الذى يصيب الإنسان فى نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته " . (٢)

وقد اشترطه الفقهاء الأوائل كركن ضرورى للضمان ، ومن ذلك ماجاء فى فتح القدير من أنه " لابد أن يتوسط بين السبب وبين الحكم علة ، فمالم تتحقق تلك العلة لايتحقق الحكم بمجرد السبب " . (٣)

والمقصود بالسبب هنا التعدى أو الخطا (خطأ الطبيب) ، والحكم هو الضمان (مسئولية الطبيب) ، أما العلة فهى الضرر (الأذى الذى لحق بالمريض) ، وحيث أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، فإنه إذا انتفى الضرر انتفى تبعا لذلك الحكم بتضمين الطبيب .

وفى ضوء هذا المفهوم للضرر ، فإنه قد يكون ماديا ، كتلك الأضرار التى تصيب المريض فى سلامة جسده وحياته (٤) ، وقد يكون أدبيا ، كتلك الأضرار التى تصيب شعوره نتيجة مالحق به من أضرار مادية ، أو تلك التى تصيبه نتيجة إفشاء الطبيب أسراره .

---

(١) الفتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيتمى (الإمام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمى) طبعة المطبعة العامرة الشرفية ، القاهرة ١٣٢٠ هـ ، ص ٢١١ . انظر كذلك : مصطفى أحمد الزرقاء : " المدخل الفقهى العام " ، ط ١٠ ، مطبعة طربين دمشق ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م ، جـ ٢ ، رقم ٥٨٦ ، ص ٩٧٧ .

(٢) محمد سلام مدكور : " المدخل للفقه الإسلامى " ص ٥٥ .

(٣) فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني وتكملته لابن الهمام (كما الدين محمد بن عبد الواحد) والتكملة لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زادة المتوفى سنة ٩٨٨ هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية ١٦١٣ هـ ، جـ ٧ ، ص ٣٠٢ .

(٤) ويختلف أثر الضرر المادى على جسد المريض ، فإما أن يترتب عليه قطع عضو من أعضاء المريض وهو ما يوجب دية هذا العضو ، وإما ألا يترتب عليه قطع لعضو وإنما تشويه لجسم المريض أو عجز عن العمل أو ضعف فى كسبه وهو ما يوجب الأرش ـ اسم للواجب فيما دون النفس ـ ، ولا خلاف فى ذلك بين الفقهاء (انظر : حاشية رد المحتار ، جـ ٥ ، ص ٦٤) ، وإنما وقع الخلاف عندما لايكون للضرر المادى أثر ظاهر ، أو كان له أثر ثم زال ، وقد اختلفت فروع الفقهاء على النحو التالى : =

ولاخلاف بين الفقه القانونى والفقه الإسلامى فى ضرورة أن يكون الضرر محققا حتى يمكن التعويض عنه ، وهو ماذكره الإمام التسولى المالكى - شارحا عبارة صاحب تحفة الحكام - بقوله " ومحدث ما فيه للجار ضرر محقق " ثم أضاف معلقا " فاحترز الناظم بالمحقق من المحتمل... والمحقق شامل لمحقق الوقوع فى الحال أو فى المستقبل ". [1]

والمستفاد من هذه العبارة أن الضرر المحتمل هو ماكان غيرواقع فى الحال ولامحقق الوقوع فى المستقبل. وعلى ذلك ، فإن الضرر المحقق دون المحتمل هو الذى ينعقد علة للتضمين عند الفقهاء ، لأن هذا الأخير مجرد احتمال ووهم ، والأحكام الشرعية لاتقوم على مثل ذلك . [2]

- أ ـــ الحنفية : جاء فى تكملة البحر الرائق " وإن شج رجلا فالتحم و لم يبق له أثر ، أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش ، وهـــذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم ، وهو حكومة عدل ـــ تعويض عما لاقصاص فيه غير مقدر ســلفا يقـــدره القاضى ـــ لأن الشين الموجب إن زال فالألم الحاصل لم يزل ، وهو قول محمد " انظر : تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة محمد بن حسين بن على الطورى الحنفى ، والبحر الرائق للعلامة زين الدين بن نجيم الحنفى ، ط ٢ ، طبعة دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، جـــ ٨ ، ص ٣٨٨ .

ب ـــ المالكية : جاء فى المدونة الكبرى " (قال) ابن القاسم وقال مالك فى الصبى إذا لم يثغر ـــ أى لم تنبت أسنانه . المعجم الوجيز ص ٨٤ ـــ ينزع سنه خطأ (قال) يؤخذ له العقل ـــ الدية . المعجم الوجيز ص ٤٢٨ ـــ كاملا فيوضع على يدى ثقة ، فإن عادت لهيئتها رد العقل إلى أهله ، فإن هلك الصبى قبل أن تنبت السن فالعقل لورثته ، وإن نبتت أصغر من قدرها الذى قلعت منه ـه من العقل قدر مـا نقصت " انظر : المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحى ، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخى عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم ، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، جـــ ٤ ، ص ٤٤٣ .

جـــ ـــ الشافعية : جاء فى فتح الوهاب " لو جرحه وبرئ و لم ينقص أصلا أنه يعزر فقط ، إلحاقا للجرح باللطم والضرب للضرورة . وقيل يفرض القاضى شيئا باجتهاده " انظر : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب للقاضى زكريا الأنصارى بهامش حاشية الابيجرمى عليه ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٦٩ هـــ ، جـــ ٤ ، ص ١٦١ .

د ـــ الحنابلة : جاء فى شرح المنتهى " ومتى عاد ما ذهب بالجناية (بحاله) أى على صفته قبل ذهابه ، فلا أرش على جان ، كما لو قطـع شعره وعاد . وإن عاد ناقصا فى قدر بأن عاد السن قصيرا ، أو عاد ناقصا فى صفة بأن عاد السن أخضر ونحوه ، فعلى جان حكومة لحدوث النقص بفعله فضمنه ، ثم إن كان المجنى عليه أخذ دية ما أذهبه قبل أن يعود ثم عاد ردها إلى من أخذها منها " انظر : شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ن طبعة عالم الكتب ، بيروت ، لبنان .

(١) البهجة فى شرح التحفة لأبى الحسن على بن عبد السلام التسولى ، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لأبى بكر محمد بن محمد بـن عاصم الأندلسى الغرناطى ، جـــ ٢ ، ص ٣٣٥ .

(٢) المادة ٧٤ من مجلة الأحكام العدلية ومن فروع الفقهاء فى ذلك أنه " لو ضرب انسانا ضربة لاأثر لها فى البدن لايضمن شيئا " انظـر : حاشية رد المحتار ، المرجع السابق ، جـــ ٥ ، ص ٥٧٦ .

ويستوى فى الضرر المحقق أن يكون ناشئا عن فعل إيجابى ، أو أن يكون ناشئا عن فعل سلبى ، ومثال الأول : ما جاء فى حاشية ابن عابدين من أنه إذا " قطع الحجام لحما من عينه - أى عين المريض - وكان غير حاذق ، فعميت ، فعليه نصف الدية " (١) ، ومثال الثانى " ترك مواساة وجبت بخيط ونحوه لجائفة . إصابة فى الجوف . " (٢)

كما أن تحقق الضرر فى المستقبل لايحول دون التعويض عنه ، على الرغم من أنه ليس حالا ، وهو ما عبر عنه عنه بعض الفقهاء بقوله : " لايقاد جرح إلا بعد برئه " (٣)، والأصل فى ذلك نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه (٤) ، لأن " الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل ، فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقر . (٥)

---

(١) حاشية رد المحتار ، المرجع السابق ، جـ ٦ ، ص ٥٦٧ .

(٢) شرح مختصر خليل ، المرجع السابق .

(٣) حاشية رد المحتار ، المرجع السابق ، جـ ٥ ، ص ٥٤٣ .

(٤) الحديث رواه أحمد فى سننه ، جـ ١١ ، ص ٢٢٥ ، شرحه ووضع فهارسه الأستاذ أحمد محمد شاكر ، دار المعارف بمصر ، سنة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م .

(٥) تبيين الحقائق للزيلعى ، المرجع السابق ، جـ ٦ ، ص ١٣٨ .

المطلب الثانى
المفهوم الحديث للضــرر
التعويض عن تفويت الفرصة

٧١- تقســـيم :

يقتضى بحث التعويض عن تفويت الفرصة أن نعرض أولا لأساس هذا التعويـض ، ثم نحدد المقصود بالفرصة التى يعوض عن فواتها ، وأخيرا تقدير التعويض عن تفويت الفرصة فى المجال الطبى ، ونخصص لكل من هذه النقاط فرعا مستقلا .

الفرع الأول
اساس التعويض عن تفويت
الفرصة فى المجال الطبى

٧٢- أصل المسألة :

الأصل - كما سبق - أن الضرر الذى يقبل التعويض عنه ، هو الضرر المحقق سواء كان هذا الضرر قد وقع بالفعل ، أو أن وقوعه فى المستقبل لا محالة فيه [١] . أما الضرر المحتمل فلا يكون محلا للتعويض ما لم يقع بالفعل فيصير محققا ، وبالتالى يتقرر تعويضه، أو يزول احتمال وقوعه فيتأكد عدم تعويضه . [٢]

---

(١) سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٥٤٤ .

(٢) وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الأصل حين نقضت الحكم المطعون فيه لإغفاله ادخال عناصر الضرر المستقبل فى التعويض ، بقولها " وإذ يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن ضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور" نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٧٧ ، س ٢٨ ، رقم ٤٨٥ ، مشار إليه عند عدلى خليل ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ / ١٥٦ .

وخروجا على هذا الأصل ، فقد ظهر اتجاه فى الفقه والقضاء يرى جواز التعويض عن " الفرصة الفائتة " ، وتتبلور هذه الفكرة فى حالة ما إذا كانت هناك فرصة أمام شخص لتحقيق كسب معين ، أو تجنب خسارة معينة ، فإنه وإن كانت هذه الفرصة مجرد أمل يرجو الشخص تحقيقه - ومن ثم فإن تحقيق تلك الفرصة أمر احتمالى قد يحدث وقد لا يحدث - إلا أن الحيلولة بين هذا الشخص وبين محاولة تحقيق فرصته ، تقضى على هذا الإحتمال ، وتحيل الفرصة التى كانت أملا محتملا إلى أمر مستحيل .

وبعبارة أخرى ، فإنه وإن كان الضرر الذى سيترتب على عدم تحقق الفرصة ضررا محتملا لا يقبل التعويض ، فإن الضرر الذى ترتب بالفعل نتيجة القضاء على عنصر الإحتمال الذى تقوم عليه الفرصة ، ضرر محقق يقبل التعويض .

هذه الفكرة تنطبق تماما على فرصة المريض فى الشفاء ، فهى مجرد أمل احتمالى ، إذ لا يمكن الجزم - بداهة - أن علاج الطبيب للمريض يؤدى إلى شفاء الأخير ، ولكن على أية حال فرصة الشفاء قائمة ، والضرر الذى يترتب على عدم تحققها ضرر احتمالى ، كما أن الكسب المتوقع من العلاج كسب احتمالى ، ولكن ذلك الضرر الإحتمالى ، الذى يمكن أن يترتب على عدم شفاء المريض ، قد يفضى إليه ضرر محقق يقع نتيجة خطأ الطبيب الذى يفوت على مريضه - بهذا الخطأ - كل فرصة للشفاء ، والضرر المحقق هنا هو تفويت الفرصة ذاته ، إذ أن هذا التفويت قطع على المريض كل أمل فى تحقق الكسب الإحتمالى (الشفاء) .

وقد كان أول حكم يصدر عن محكمة النقض الفرنسية معتنقا مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة حكمها الصادر ١٩٦٥ (١) ، حيث قضت بأن " مجرد وجود قرائن تكشف

---

(1) Cass. civ. 14 dec. 1965,J.C.P.,II,14753 .

عن أن الضرر الذى أصاب المريض كان نتيجة لخطأ الطبيب ، ولو لم تثبت علاقة السببية بين الخطأ الذى نسب إليه والضرر الذى لحق المريض ، كافيا لتقرير مسئولية الطبيب ، ويكون للقاضى أن يقدر التعويض الجزئى المناسب ، على أساس أن هذا الخطأ قد فوت على المريض فرصة الشفاء ، والتى يقدر القاضى احتمالات حدوثها " .

وتواترت أحكام هذه المحكمة فيما بعد مؤكدة هذا المبدأ ، حيث قررت قيام مسئولية الطبيب دون أن يثبت لديها توافر الخطأ فى جانبه .(١)

والحقيقة أن هذه الفكرة تقف ورائها اعتبارات عملية تتمثل فى منح المريض - وهو الطرف الضعيف - قدرا أكبر من الحماية بتخفيف عبء الإثبات عنه ، خاصة فى حالات التدخل الجراحى التى يتعذر عليه فيها اثبات السببية ، ولذلك فهى تعد احدى وسائل اعادة التوازن المفقود فى العلاقة بين الطبيب والمريض .(٢)

---

(1) Cass. civ.1re 18 mars 1969,Bull. civ. no. 117,p. 92 ; cass. civ.1re 20 mai 1971,Bull. civ. no. 171,p. 144 ; cass. civ. 18 janv. 1989,Bull. civ. no. 19,p. 12 ; cass. civ. 16 juill. 1991,Bull. civ.no. 248,p. 162 .

(٢) يرى البعض من الفقه أن هذه الفكرة تقوم على أساس الشك فى وجود السببية ، شكا يحمل المسألة من نطاق السببية اليقينية إلى نطاق السببية الإحتمالية ، وذلك على أساس أنه يكفى للحكم على الطبيب بالتعويض أن يثبت أنه قد أضاع على المريض فرصة بقائه على قيد الحياة ، أو فرصة سلامته الجسدية ، دون أن يتأكد القاضى من أن خطأ الطبيب هو السبب (سهير منتصر : " المسئولية المدنية عن التجارب الطبية " سابق الإشارة ، ص ١٠٨) . ونرى ـــ من جانبنا ـــ أن القاضى إذ يطبق فكرة " الفرصة الفائتة " ـــ فإنه ينتقل من سببية احتمالية ، إلى سببية أبعد مدى فى هذه الإحتمالية ، فالفرض والإحتمال حقيقة فى السببية ، حتى فى النطاق التقليدى لها ، والذى يمثله نظريتا السببية ، وهو ما سنعرض له بعد .

الفرع الثانى
مفهوم الفرصة التى يعوض عن فواتها

٧٣- تحديد مفهوم الفرصة الفائته :

يمكن القول إن الفرصة - التى يعتبر تفويتها ضررا محققا واجب التعويض - ذات مفهوم مزدوج ، فهى احتمالية ، من ناحية ، وواقعية وحقيقية ، من ناحية أخرى .[(١)]

ولا ينبغى قصر النظر على أحد شقى هذا المفهوم . فلئن كانت الصفة " الإحتمالية " تضيق من نطاق الفرصة وتحد من قيمتها ، ولا تجعلها جديرة بالتعويض ، فإن الصفة " الواقعية " تضفى عليها قدرا من التحقق ، يجعل هذا الأخير أمرا راجحا .

وفى هذا القدر من التحقق يتحدد الضرر الحقيقى الذى لحق المضرور ، والذى يتمثل فى مدى وقدر الفرصة التى كان يملكها فى تحقيق الكسب ، فهذه الفرصة لها - ولا شك - قيمة موضوعية تقدر بقدر ما تتضمنه من امكانية لتحقيق الكسب ، أى بقدر ما يتحقق لها نصيب فى " الواقع " .[(٢)]

ويمكن التمثيل لتلك الفرصة فى مجال نقل الدم ، بحالة ضياع فرصة على المصاب بالفيروس نتيجة نقل الدم فى تحقيق مستوى إجتماعى ووظيفى أفضل ، أو تحسين حالة أسرته المعيشية نتيجة عجزه عن العمل أو الإقلال منه ، وكذلك تفويت فرصة على الزوج فى إقامة حياة زوجية عادية نتيجة إصابة زوجته بالإيدز، وإضاعة فرصة على الزوجة فى الإنجاب من زوجها المريض .[(٣)]

---

(١) ابرهيم الدسوقى أبو الليل " : تعويض تفويت الفرصة " مجلة الحقوق الكويتية ، س ١٠ ، ع ٣ ، ١٩٨٦ ، ص ١٤٩ .

(٢) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ١٤٩ .

(٣) محمد عبد الظاهر : "مشكلات المسئولية المدنية فى مجال عمليات نقل الدم" مجلة البحوث القانونية والإقتصادية ، س ١٠ ، ع ٢ ، يوليو ١٩٩٥ ، ص ١٢٥ وما بعدها .

ومن ذلك ايضاً ، حالة وفاة الخطيبة أو الزوج الذى عقد على زوجته ولم يدخل بها بعد ، أو إعطاء طبيب التخدير جرعة مخدر زائدة يترتب عليها شلل الأبن [1] ، الذى يأمل الوالدان أن يرعاهما فى شيخوختهما .

ولا شك أن الفرصة الممثل لها فى الأمثلة السابقة تستوعب شقى " الإحتمال " و" الواقعية " ، وهو ما لا يجعلها مجرد أمل أو وهم منبت الصلة بالواقع ، وتصلح - من ثم - لأن يقوم عن فواتها الحق فى التعويض .

الفرع الثالث
تقدير التعويض عن تفويت الفرصة

٧٤- الخلاف حول التعويض عن تفويت الفرصة :

إذا كان التعويض عن تفويت الفرصة يرتبط بركن الضرر أساساً ، إلا أنه وثيق الصلة كذلك بركن السببية ، لأن هذه الفكرة تبحث عن سببية محتملة بين الخطأ المنسوب إلى الطبيب ، وبين الضرر الذى أصاب المريض ، ولذلك ، فإن من المتعذرتقدير هذه الفكرة بعيدا عن التعرض لفكرة السببية التى تستند عليها ، وبالقدر المناسب دون الخوض فى هذه الأخيرة فى غير موضعها ، فالتعويض عن تفويت الفرصة يوسع من مفهوم كنى الضرر وعلاقة السببية فى آن واحد .

---

(1) Cass. crim. 24 fév. 1970,J.C.P. ,II,16456 .
وقد قررت المحكمة فى ذلك أنه " إذا كان الإبن قد قارب الإنتهاء من تخصصه لما وقع الحادث له ، فإن تعويل والده أو والدته عليه مستقبلا ليس بمجرد احتمال غير قابل للتحقيق ، فيكون للوالدين الحق فى تعويض عن ضياع فرصة تحقيق ما عولا عليه ، ويكون هذا التعويض مقابل إضاعة فرصة مشروعة للإستعانة بإبن كان من المفروض أن يعمل فيما كان يتخصص فيه " ذكره د .عاطف النقيب " النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصى ـ الخطأ والضرر ـ منشورات عويدات ، ط ١ ، ١٩٨٣ ، ص ٢٩١ مشار إليه عند سعد العسبلى " المسئولية المدنية عن النشاط الطبى فى القانون الليبى " منشورات جامعة قاريونس ـ بنغازى ـ ط ١ ، ١٩٩٤ ، هامش ص ٢٣٨ . وفى ذلك قضت محكمة النقض المصرية فى حكمها بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٩٠ بأنه " إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً ، فإن تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها ، ولا يمنع القانون من أن يدخل فى عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة . " طعن رقم ٢٤٣٦ ، س ٥٨ ق

والحقيقة أنه على الرغم من تظاهر أحكام القضاء على تأكيد الحق فى التعويض على أساس تفويت الفرصة، يشايعها فى ذلك جانب من الفقه [١]، مستخلصة فى سبيل ذلك سببية احتمالية من أجل تقرير حماية أكثر فعالية للمريض، إلا أن هناك جانباً آخر من الفقه [٢]، يرى عدم سلامة هذا الإتجاه، وذلك على أساس أن القاضى إذ يقيم حكمه على محض الإحتمال فهو يخرج عن القواعد القانونية السليمة كما تقررها السببية التقليدية التى تتضمن - فى نظريتيها - قدراً من اليقين حين تقصر السبب فى مجموعة عوامل ضرورية (تعادل الأسباب) أو عامل واحد ضرورى (السببية الملائمة)، وإن كانت تلجأ إلى الفرض بعد ذلك فى افتراضها التساوى والتعادل بين هذه العوامل (تعادل الأسباب)، أو كون مدى الضرر الذى أحدثه أحدها أبعد أثراً مما أحدثه غيره (السببية الملائمة). [٣]

ويضيف هذا الجانب، كذلك، أن هذا الإتجاه يخلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة، والتعويض عن احتمال التسبب فى احداث ضرر وقع فعلاً، ويقدر التعويض لا حسب درجة احتمال تحقق الفرصة، بل بنسبة احتمال تدخل الخطأ فى أحداث الضرر. [٤]

آية ذلك، وبتقرير من أنصار هذه الفكرة [٥]، أن الأحكام التى أخذت بتفويت الفرصة فى المسائل الطبية اهتمت بإظهار الخطأ الطبى ووضحت اسناده إلى الطبيب،

---

(1) Durry : obs. R.T.D.C 1972 , p. 408 , no . 14 ; Boré : " L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantative de la causalité d'un faute dommageable " J.C.P. 1974, I, 2620 .

ومن الفقه المصرى، ابراهيم الدسوقى، المرجع سالف الذكر.

(2) Savatier : " Une faute peut-elle engendre la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé " D. 1970,chr.,p. 123 ; Penneau : op. cit. p. 538 ; Chabas : " Vers un changement de nature de l'obligation médicale " J.C.P. 1973 ,I,2541 .

ومن الفقه المصرى، وفاء حلمى أبو جميل " الخطأ الطبى. دراسة تحليلية فقهية وقضائية " دار النهضة العربية، ١٩ ص ٩٣ وما بعدها.

(٣) انظر فى عرض مناقشات الإتجاهين، إبراهيم الدسوقى: المرجع السابق، ص ١١٤ وما بعدها.

(٤) وفاء حلمى: المرجع السابق، ص ٦٤.

(٥) إبراهيم الدسوقى، المرجع السابق، ص ١١٦

ولا شك فى وجاهة هذا الإعتراض ، إذ مامعنى أن يكون الخطأ واضحا ومميزا لا أن يكون قد ساهم بقدر ما فى إحداث الضرر ؟ ، ألا يعنى ذلك أن القول بوجود سببية احتمالية ينصرف فى المقام الأول إلى ثبوت الخطأ لا إلى ثبوت السببية ، وهو ما يؤدى إلى الخلط بين الإثنين ؟ .

يضاف إلى ما تقدم ، أنه من الصعب تطبيق فكرة تفويت الفرصة فى نطاق إجراء التجارب الطبية خاصة تلك المجردة من الأغراض العلاجية ، وهى ما تعرف بالتجارب العلمية ، وذلك لأن الشخص الخاضع للتجربة لم تكن له فرصة وضاعت أصلا ، ومن ثم فإن فوات الفرصة بالمعنى الذى تقصده تلك الأحكام غير وارد من الأساس ، ولهذا ايضا غير وارد الحديث عن سببية احتمالية يمكن افتراضها أو استظهارها من واقع وجود خطأ ووجود ضرر .[1]

وحتى فى مجال التجارب العلاجية ، وهى التى يبدو فيها ضياع الفرصة أمرا ممكنا ، فنظرا لعدم امكانية السيطرة على آثار تلك التجارب بشكل مطلق ، فإنه يصعب على القاضى تقدير السببية الإحتمالية التى ساهم من خلالها خطأ الطبيب فى الوصول إلى الحالة التى آل إليها المريض ، ويترتب على هذه الصعوبة أن يلجأ القاضى إلى إعمال تقدير يتسم إلى حد ما بالتحكم ، فيدخل فى هذا التقدير عناصر بعيدة عن السببية الإحتمالية ، كأن يأخذ فى اعتباره - دون افصاح - درجة جسامة خطأ القائم على التجربة .[2]

---

(١) سهير منتصر : المرجع السابق ، ص ١١٧ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١٧ وما بعدها .

والحقيقة أنه لا يمكن إنكار كل قيمة للتعويض عن تفويت الفرصة ، لا سيما فى تلك الأحوال التى يصعب فيها استظهار خطأ الطبيب ، كما هو الحال عند إخلال هذا الأخير بحق المريض فى الرضاء المتبصر ، حيث تبدو أهمية القول بفكرة التعويض عن تفويت الفرصة .[١]

٧٥- التعويض عن فوات الفرصة فى الفقه الإسلامى :

ليس هناك مايحول دون التعويض عن تفويت الفرصة فى الفقه الإسلامى ، استنادا إلى القواعد الشرعية التى تنهى عن الإضرار بالغير ، ومن ثم فإنه يجوز تضمين الطبيب عن الفرصة التى يفوتها على مريضه ، وذلك لما يشتمل عليه تفويت الفرصة على المريض من أضرار ومفاسد تنهى عنها الشريعة الغراء .[٢]

---

(١) عبد الراضى هاشم : المرجع السابق ، ص ١٧١ . ومن القواعد الشرعية التى تمنع الضرر مطلقا القاعدة الشرعية " لاضرر ولا ضرار " ، فهى تنهى عن إلحاق المفسدة بالغير مطلقا ، كما تنهى عن إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له ، ولكن من غير تقييد بقيد الإعتـــــداء بالمثل والإنتصار للحق . انظر : شرح القواعد الفقهية ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

(2) M. H. Seugy : op. cit., p. 45 .

المبحث الثالث
علاقة السببية

٧٦- تمهيد وتقسيم :

تحتل علاقة السببية فى نطاق المسئولية الطبية - وفى نطاق المسئولية المدنية عموماً - أهمية كبيرة ، فبغير توافرها بين الخطأ المنسوب إلى الطبيب والضرر الذى لحق بالمريض ، تنتفى عن الأول كل مسئولية ، ولذا كان من الأهمية بمكان أن نحدد مفهوم السببية الذى تكتمل بوجوده أركان المسئولية ، وذلك من خلال التعرض لنظريتى السببية اللتين تتنازعان الفقه لحل هذه المشكلة ، وهما نظريتى تعادل الأسباب ، والسبب المنتج أو الملائم .

ولمشكلة السببية وجه آخر يتعلق باشتراك أكثر من سبب فى إحداث الضرر ، وبعبارة أخرى ، مساهمة عوامل أخرى إلى جانب خطأ الطبيب فى إحداث النتيجة الضارة ، وما قد يترتب على ذلك من اعفاء هذا الأخير من المسئولية .

وعلى ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول فى الأول نظريتى السببية ، ثم نعرض فى الثانى لأسباب الإعفاء من المسئولية .

المطلب الأول
نظريتا السببية

٧٧- عرض النظريتين :

أولا ـــ نظرية تعادل الأسباب (Théoride l'équivalence de conditions) :

تعرف نظرية تعادل الأسباب " السبب " بأنه " كل عامل أسهم في حدوث الضرر متى ثبت أنه لولاه ماحدث هذا الضرر" [١]، وهو ما يعني أن هذه النظرية تأخذ جميع الأسباب التي أحدثت الضرر في الإعتبار مهما كان السبب بعيدا [٢] .

فالضرر - وفقا لهذه النظرية - ما وقع إلا نتيجة لكل العوامل التي شاركت في إحداثه ، وبالتالي فإنه يحدث نتيجة لكتلة من الأسباب ، وبدون هذه الكتلة لا يمكن أن يقع الضرر، إذ في غياب جزء من هذه الكتلة امتناع لوقوع الضرر . [٣]

ويترتب على ذلك ، أن هذه النظرية لا تقبل تقسيم المسئولية بين الأسباب المتعادلة ، وذلك على أساس عدم قابلية الضرر للإنقسام ، ولذلك فإن عدم نسبة خطأ لأحد محدثي الضرر، معناه عدم وجود هذا الضرر كله ، فهذا الخطأ هو السبب في كل الضرر، كما أن هذا الخطأ، من ناحية أخرى ، لم يحدث الضرر كله ، دون خطأ الآخر، وبالتالي فإنه لا يستوعب كل السببية . [٤]

وبعبارة أخرى ، فإن كل سَبب من الأسباب المتعادلة يعطي للسبب الآخر القدرة السببية Un Pouvoir Causal ، فكل سبب أمر لابد منه لحدوث الضرر وبدونه

---

(١) سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٥٥٩ .

(٢) عبد الرشيد : عقد العلاج ، سابق الإشارة ، ص ١٩٣ . السنهوري : الوسيط ، ج ١ ، بند ٦٠٥ ، ص ٩٠٥ ، وفي نفس المعنى ، محمود جمال الدين زكي : " الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات " ١٩٧٨ ، ص ٥٦٤ ،

(٣) عبد الرشيد مأمون : " علاقة السببية في المسئولية المدنية " دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ ، ص ١١ .

(٤) محسن البيه : " التضامن والتضامم " مجلة الحقوق الكويتية ، س ١٣ ، ع ٤ ، ديسمبر ١٩٨٩ ، ص ١٠٨ .

تكون الأسباب الأخرى عديمة الفاعلية [١].

وهذا هو ما يعبر عنه البعض [٢]، بالتقدير الكيفى للسببية ، والذى لا يسمح - بخلاف التقدير الكمى لها - بتقدير حقيقة كل دور فى إحداث الضرر ، ومدى مساهمته فيها.

وهذا التقدير الكيفى للسببية هو ما يميز تلك النظرية ، إذ أن من شأن الإعتداد بكافة الأسباب اياً كان قدر مساهمتها فى إحداث الضرر اعتناق مفهوم واسع للسببية ، وهو ما يدفع كل الأفراد إلى بذل الحرص والحذر، ومن ثم الحد من وقوع الأضرار ، لأن كل شخص يعرف أن أى مساهمة منه فى إحداث الضرر سيترتب عليها مسئوليته . [٣]

كما يميز تلك النظرية ، كذلك ، أنها تسهل مهمة المضرور فى الإثبات لأن كل الأسباب التى ساهمت فى إحداث الضرر يجب الإعتداد بها [٤].

وعلى الرغم من تلك المزايا ، إلا أنه يؤخذ عليها [٥]، توسعها فى مفهوم السببية ، وما يؤدى إليه ذلك من عدم إمكانية تحديد نطاق الضرر الذى يجب أن يسأل عنه فاعل الخطأ . [٦]

---

(١) عبد الرشيد مأمون : علاقة السببية ، ص ١١ ، وما بعدها .

(2) Halbwachs : " Reflexion sur la causalité physique en les théories de la causalité " th. paris,1971,p.26.

مشار إليه عند إبراهيم الدسوقى ، سالف الذكر ، ص ١٧٢ .

(٣) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٦ .

(٤) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٥) انظر فى تفصيل ذلك ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٧ وما بعدها .

(٦) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٧ ، اسماعيل غانم : "فى النظرية العامة للإلتزام . جـ ٢ أحكام الإلتزام والإثبات " مكتبة عبد الله وهبة ، ١٩٦٧ ، ص ٧٥ .

ثانيا ـ نظرية السبب المنتج أو الملائم (la théorie de la cause adequate) :

مؤدى نظرية السبب المنتج ، والتى أخذ بها جانب كبيرمن الفقه فى مصر [1] ، ألا تقوم مسئولية مرتكب الخطأ إلا إذا كان من شأن فعله فى الظروف التى حصل فيها ، ووفقا للمجرى العادى للأمور أن يحدثه [2] . ولذلك فإنه يجب ـ وفقا لهذه النظرية ـ التفرقة بين الأسباب التى أدت إلى إحداث الضرر للوصول إلى السبب المنتج ، وهو السبب المألوف الذى يؤدى بحسب مجريات الأمور إلى إحداث الضرر. وإذا تم التوصل إلى هذا السبب ، فإننا نستبعد باقى الأسباب العارضة أو الثانوية التى لا تؤدى ـ فى العادة ـ إلى إحداث الضرر. [3]

وإذا كانت هذه النظرية حاولت أن تعمد إلى السبب الأكثر تأثيرا من غيره فى إحداث الضرر لتنوط به الرابطة بين الخطأ والضرر ، إلا أنها فى سبيل أن تحدد هذا السبب من بين مجموعة الأسباب التى ساهمت فى إحداث الضرر كان لزاما عليها أن تلجأ إلى الفرض والتخمين ، وتبتعد عن الجزم واليقين .

ويترتب على هذه المقدمة التى تقوم عليها هذه النظرية ، أن ما تصل إليه من النتائج تقوم على قدر كبير من الإحتمال والترجيح ، وإن كان احتمالا وترجيحا موضوعيا ، وليس شخصيا . [4]

٧٨- توافر الإفتراض فى نظريتى السببية :

السببية - فى نظريتيها - افتراضية ، لأنها تعتد بواقعة اهمال مرتكب الخطأ ، ولذلك فإن تقديرها فى نطاق المسئولية الطبية ، لا يقوم على استخدام مقياس فعلى ، لأنه

---

(١) محمود جمال الدين زكى : " الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات " سنة ١٩٧٨ ، ص ٥٦٥ .

(٢) السنهورى : الوسيط ، ج ١ ، بند ٦٠٦ .

(٣) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٢٢ .

(٤) ابراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، س ١٠ ، ع ٣ ، سبتمبر ١٩٨٦ ، ص ١٧٣ .

يستند على القيمة السببية لإهمال الطبيب ، وهو - أى الإهمال - واقعة سلبية ، دون أن تأخذ فى اعتبارها الواقعة الإيجابية المتمثلة فيما صدر عنه من نشاط .

فالقاضى وهو بصدد تقدير تلك السببية ، يتساءل ، أولاً ، هل كان إهمال الطبيب وعدم تيقظه سبباً - ملائماً - لوقوع الضرر أم لا ؟ وبعبارة أخرى ، هل هذا المسلك يصدر عن طبيب وسط من نفس مستواه ؟ . ثم هو يفترض ، ثانياً ، أن الضرر ما كان ليقع لو أن الطبيب كان أكثر حذراً وانتباهاً .

تقدير السببية ، إذاً ، ليس فعلياً ، فهو مجرد افتراض ، لأنه لا يستند على ما حدث ، وإنما على الذى لم يحدث ، فالسؤال بخصوص واقعة لم تحدث ليس سؤالاً واقعياً [1] ، إذ كيف يتسنى للقاضى أن يعرف أنه إن كان الطبيب يقظاً لم يكن الضرر ليصيب المريض بسبب أية واقعة أخرى محتملة كالإستعداد الذاتى للمرض لدى المريض .

وهذا القول يصدق على نظريتى السببية ، فتطبيق الأولى - تعادل الأسباب - يفرض وضع السؤال الآتى هل كان الضرر سيقع بدون الخطأ ؟ والإجابة بنعم أو لا تعتمد على فكرة الإحتمالات ، وهذه الأخيرة تؤدى إلى غموض النتائج ، ويخشى فى هذه الحالة أن ينتهى الأمر إلى تحديد خطير لأن القاضى يظل مجرداً من الدليل الذى على أساسه يمكن تصور هذا الإحتمال واستخلاص النتائج [2] ، أما الثانية - السبب الملائم - فلم تفعل أكثر من تقديم صياغة غامضة صعبة التحديد بالنسبة لظروف الواقع ، فعندما تتكلم عن الإحتمالات أو التوقع لا تعنى شيئا لأن أفكاراً مثل هذه الأفكار قابلة للتقديرات المختلفة ، كما أنها فى غاية الغموض . [3]

---

(1) Vernon Palmer : " Trois principes de la responsabilité sans faut " R.I.D.C. 1987, 4 ,p. 835.

(٢) عبد الرشيد مأمون : علاقة السببية ، ص ١٩ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ، ص ٤٤ .

على أنه يلاحظ ، أنه إذا كان الفرض والتخمين حقيقة فى نظريتى السببية ، إلا أن درجته ليست واحدة فيهما ، فهو فى نظرية السبب الملائم أكثر ظهورا منه فى نظرية تعادل الأسباب ، حيث يقتصر فى الأخيرة على تحديد الوقائع والعوامل المختلفة الضرورية لإحداث الضرر ، والتى لا يقع بدونها ، فى حين أنه يشمل فى الأولى - فضلا عن ذلك - قدر ومدى الضرر الذى يحتمل أن يرتبه كل عامل من هذه العوامل .[1]

ولا يحول دون القول بوجود الفرض والإحتمال فى نظريتى السببية ، أنهما ينطلقان من قاعدة يقينية وهى حصر مفهوم السبب فى "كافة العوامل الضرورية" لإحداث الضرر - دون التمييز بينها - فى نظرية تعادل الأسباب ، أو قصر هذا المفهوم على "العامل الضرورى أو الفعال" لإحداث الضرر فى نظرية السببية الملائمة .

٧٩ - المقابلة بين نظريتى السببية وبين فكرة تفويت الفرصة :

هذا القدر اليقينى فى نظريتى السببية لا وجود له فى فكرة تفويت الفرصة لتى يقوم السبب فيها أساسا على الإحتمال[2] ، فاشتراط " الضرورة " سواء لكافة العوامل أو لأحدها فقط يخرج عن جوهر السببية فى تلك الفكرة ، فالسبب وفقا لها هو ذاته " محتمل " .

فخطأ الطبيب ليس سببا ضروريا لوقوع الضرر ، إذ ربما تكون هناك أسباب أخرى لهذا الضرر ، ويقتصر خطأ الطبيب على مجرد ايجاد عنصر " الإحتمال " لوقوع الضرر.

ولذلك تتوافر السببية - وفقا لهذا المفهوم - فى حالة وفاة المريض أواصابته ، وهو ضرر نهائى قد تحقق ، إذا بقى مجهولا - لسبب أو لآخر كغموض تقرير الخبير مثلا - علاقة السببية بين هذا الضرر وبين خطأ الطبيب ، وذلك على الرغم من أننا لا نعرف على وجه

---

(١) ابراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، هامش ص ١٧٤ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٧٤ .

اليقين ما هو سبب الضرر، هل هو هذا الخطأ، أم المضاعفات الطبيعية للمرض مثلا.[1]

٨٠ - ضابط علاقة السببية فى الفقه الإسلامى :

يعتبر توافر علاقة السببية بين الخطأ (التعدى) والضرر هو الركن الثالث للضمان فى الفقه الإسلامى، وفى هذا الخصوص يمكن التمييز بين فرضين، الأول هو وحدة السبب ووحدة الضرر، والثانى هو تعدد الأسباب ووحدة الضرر.

أ - وحدة السبب ووحدة الضرر:

ذهب جانب من الفقهاء إلى أنه إذا لم يساهم فى إحداث الضرر سوى سبب واحد، فإنه تنبغى التفرقة بين كون الطبيب مباشراً لهذا الضرر (كأن يجرى الجراحة بنفسه ويخطئ) أو متسبباً فيه (كأن يصف دواء خطأ للمريض)، ففى الوضع الأول لايضمن الضرر إلا إذا تعمده[2]، وفى الوضع الثانى لايضمن كذلك مادام نشاطه لم يرتفع إلى درجة المباشرة[3]، ووفقاً لهذا الإتجاه لايسأل الطبيب أو الجراح عن خطئه - أى فعله غير العمد - فى حالة المباشرة، وإنما يسأل عما تعمده من ضرر.[4]

والملاحظ على الحكم الذى يقرره هذا الإتجاه أنه يخالف القاعدة العامة فى المباشرة والتسبب، والتى تقضى بأن المباشر ضامن وإن لم يتعمد[5]، وأن المتسبب لايضمن إلا

---

(1) Jean Penneau : op. cit. p. 537 .

(٢) فتح الجليل شرح مختصر خليل للخرشى، وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى، دار صادر بيروت، حيث يقول " : إذا قطع الطبيب فى الموضع المعتاد فمات المريض لم يكن عليه شئ " جـ ٨، ص ١١٥ .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكى، جـ ٢، المطبعة الشرقية، ١٣٠١ هـ، ص ٢٤٣ .

(٤) أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية، المرجع السابق، ص ٥٧ . ويلاحظ أن التعمد يفسره البعض ـ بحق ـ بمعنى التعدى . انظر : الزحيلى، المرجع السابق، ص ٢١، ويذهب إلى هذا النظر كذلك الأستاذ الزرقا حيث يقرر أنه " متى وجد التعدى لا ينظر بعد ذلك إلى التعمد والقصد لأن حقوق الغير مضمونة شرعا فى حالى العمد والخطأ، بل حتى فى حالة الإضطرار المبيح للمحظورات " انظر : المدخل الفقهى العام، المرجع السابق، جـ ١، رقم ٦٥٨، ص ١٠٣٢ .

(٥) المادة ٨٢ من مجلة الأحكام العدلية .

بالتعمد [١] ، كما يلاحظ - على حد تعبير البعض بحق [٢] - أن فى هذا الإتجاه تخفيفاً كبيراً من المسئولية عن نتائج العمل الطبى أو الجراحى .

وذهب جانب آخر من الفقهاء [٣] ، إلى أن الطبيب المباشر يضمن ثلث الدية عن الأضرار التى تترتب على تدخله العلاجى أو الجراحى ، لأن فعله جناية خطأ ، بخلاف الطبيب الذى يقتصر دوره على التسبب فى الضرر فإنه لايضمن فى ماله ، وإنما يقع الضمان على عاقلته أو بيت المال إن لم تكن له عاقلة [٤] ، فإن لم يوجد بيت المال ، فالأشهر سقوط الدية . [٥]

ب . تعدد الأسباب ووحدة الضرر :

يمكن التمييز فى هذا الفرض بين ثلاث حالات ، الأولى هى تعدد المباشرين أو تعدد المتسببين ، وصدور أفعال ، من طبيعة واحدة - بأن يكونوا جميعاً مباشرين أو متسببين - ، ومتعاقبة ، عنهم .

ذهب جمهور الفقهاء [٦] ، فى هذه الحالة ، إلى وجوب ترجيح الفعل الأقوى عند تعدد المباشرين أو بالسبب الأقوى عند تعدد المتسببين - وهو مايقابل نظرية السبب المنتج فى الفقه القانونى - ، وفى ذلك يقول صاحب مغنى المحتاج [٧] ، لو تعاقب سببا هلاك

---

(١) المادة ٩٣ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص ٥٧ .

(٣) الطب النبوى لابن قيم الجوزية ، ص ١٤٤ ، الدار المصرية اللبنانية ، ط ٢ ، سنة ١٤١٤ هـ ، ١٩٩٤ م ، تحقيق محمد فتحى أبو بكر وقيل إن الطبيب يتحمل نصف الدية (نهاية المحتاج للرملى جـ ٦ ، ص ٢٥) ، وإن عاقلته نصف الدية (الفتاوى الهندية ، جـ ٦ ، ص ٣٧) .

(١) على الخفيف : الضمان ، جـ ٢ ، ص ١٧٧ .

(٥) الطب النبوى ، ص ١٤٤ .

(٦) المبسوط ، جـ ٢٧ ص ١٧ ، مجمع الضمانات ، ص ١٨٠ ، التاج والإكليل ، جـ ٦ ، ص ٢٤٠ ، مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٨٨ ، المغنى ، جـ ٧ ، ص .

(٧) مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربين الخطيب المتوفى سنة ٩٩٧ هـ ، مطبعة مصطفى الحلبى ، جـ ٤ ، ص ٨٧ ، ٨٨ .

فعلى الأول منهما فى التلف لاالوجود بالقوة ، وتطبيقا لذلك ، فإنه إذا ساهم مع فعل الطبيب سبب آخر فى إحداث الضرر، فلاضمان عليه- وفقا لهذا الرأى - إلا إذا كان فعله يمثل السبب الأقوى ، أو المنتج ، لإحداث الضرر، ولو لم يكن هو الأسبق فى الوجود .

وذهب جانب آخر إلى ضرورة ترجيح السبب الأسبق فى الوجود ، وهو ماقرره صاحب الروضة البهية بقوله : " ويضمن أسبق السببين لو اجتمعا " [1] ، وترتيبا على ذلك ، فإن الطبيب يكون ضامنا جريرة فعله - وفقا لهذا الرأى - ولو ساهم معه فى إحداث الضرر سبب أجنبى إذا كان هذا الفعل أسبق فى الوجود .

أما الحالة الثانية فهى تعدد المباشرين أو المتسببين وصدور أفعال ، من طبيعة واحدة ، عنهم فى وقت واحد ، وفى هذه الحالة يضمن الجميع بالتساوى ، ويستند هذا الحكم إلى ماقرره الجمهور من أنه إذا اشترك جماعة فى قتل واحد فإنهم يقتلون به جميعا . [2]

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للسيد زين الدين بن على الجبعى ، دار الكتاب العراقى ، جـ ٢ ، ص ٧ ، واللمعة الدمشقية لمحمد بن جمال الدين مكى العاملى . وضرب الجبعى مثالا لهذا الضابط بقوله " ويضمن أسبق السببين لو اجتمعا ، كواضع الحجر وحافر البئر ، فيعثر بالحجر انسان فيقع فى البئر فيضمن واضع الحجر لأنه أسبق السببين فعلا "وكذا فى الطحطاوى على الدر المختار حيث قال : "ويضمن أقرب السببين وجودا "جـ ٤ ، ص ٢٥٨ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار ، جـ ٥ ، ص ٣٥٧ حيث جاء " وكذا لو جرحه رجل عشر جراحات والآخر واحدة ، فكلاهما قاتلان لأن المرء يموت بواحدة ويسلم من الكثير . وفى حاشية أبى السعود ، ولو جرح جراحات متعاقبة ومات ، ولم يعلم المثخن منها وغير المثخن يقتص من الجميع لتعذر الوقوف على المثخن وغيره ... واشتراك الجماعة فيما لايتجزأ يوجب التكامل فى حق كل منهم ، فيضاف إلى كل واحد منهم الكل ، كأنه ليس معه غيره " ، الفتاوى الهندية ، جـ ٦ ، ص ٥ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للعالم العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق الشيخ محمد عليش ، مطبعة مصطفى محمد الحلبى ، جـ ٤ ، ص ٢٤٥ ، مغنى المحتاج على المنهاج ، جـ ٤ ، ص ١٢ ، المغنى ، جـ ٧ ، ص ٦٧١ . ويرجع هذا الحكم إلى الأثر الذى رواه الإمام مالك عن مالك عن يحيى بن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتل نفرا أو سبعة برجل واحد قتلوه قتل غيلة ، وقال عمر : " لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا " انظر : موطأ مالك ، كتاب العقول ، باب ما جاء فى الغيلة والسحر .

والحالة الثالثة ، والأخيرة ، هى حدوث الضرر نتيجة مساهمة عديد من الأفعال ، من طبيعة مختلفة - بأن يكون بعض المساهمين مباشرين والبعض الآخر متسببين - ، والقاعدة الفقهية هنا هى أنه " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر " [١] ، وقد ذكر ذلك الرملى فى حاشيته على جامع الفصولين [٢] ، أنه " إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم - كالعلة وعلة العلة - والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة " .

وتفريعا على ذلك ، لو أن جراحا استأصل عضوا لمريض لم يكن فى حاجة إلى تلك الجراحة ، نتيجة نصيحة طبيبه المعالج له بذلك ، فإن الجراح يعد مباشرا للإتلاف ، والطبيب المعالج يعد متسببا فيه ، وتطبيقا لقاعدة " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المتسبب " ، فإن الضمان يكون على الجراح دون الطبيب المعالج الذى اقتصر دوره على التسبب فى حدوث الضرر .

حاصل ماتقدم ، أنه لاخلاف بين الفقه القانونى والفقه الإسلامى فى ضرورة توافر علاقة السببية بين خطأ ، أو تعدى ، الطبيب ، وبين الضرر الذى يصيب المريض ، كما يتفق الرأى الراجح فى الفقه القانونى مع ما يقرره جمهور الفقهاء من ترجيح السبب الأقوى عند تعدد أسباب الضرر المتعاقبة ذات الطبيعة الواحدة .

ولايبقى إلا أن نقرر - كما يذهب البعض بحق [٣] - أنه ليس هناك مايحول دون الأخذ بنظرية تعادل الأسباب ، فى نطاق المسئولية الطبية ، وهو ما يأخذ به جمهور الفقهاء ، فى حالة تعدد الأسباب ذات الطبيعة الواحدة وصدورها فى آن واحد ، - على مارأينا حالا - لما يؤدى إليه ذلك من جعل الطبيب أكثر حذرا ويقظة فى عمله .

---

(١) مجمع الضمانات ، ص ١٧٨ . وعلة هذه القاعدة أن الفاعل هو العلة المؤثرة ، والأصل فى الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة ، لأن تلك أقوى وأقرب ، إذ المتسبب هو الذى تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه ، من تلف أو غيره ، فعل فاعل مختار ، والمباشر هو الذى يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار ، ، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب (شرح القواعد الفقهية ، المرجع السابق ، ص ٤٤٧) .

(٢) ذكره الشيخ أحمد الزرقا فى مؤلفه السالف شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٤٧ .

(٣) عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ ، ١٩٧ .

المطلب الثانى
اسباب الإعفاء من المسئولية

٨١- تمهيد وتقسيم :

قد لا يقع الضرر الذى يصيب المريض نتيجة خطأ الطبيب وحده ، إذ قد تساهم عوامل أخرى فى ذلك ، وهو ما قد يترتب عليه انتفاء مسئولية الطبيب نتيجة تدخل تلك العوامل ، وبعبارة أخرى ، نتيجة حدوث الضرر بفعل السبب الأجنبى .

وهذا الأخير يمكن أن يتحقق فى العديد من الصور ، فقد يرجع إلى خطأ المريض نفسه ، أو إلى فعل الغير ، أو إلى القوة القاهرة ، فهذه صور ثلاث للسبب الأجنبى التى يمكن أن تؤثر على مسئولية الطبيب . وسوف نخصص لكل من هذه الصور الثلاث فرعا مستقلا بشئ من الإيجاز .

الفرع الأول
خطأ المريض

٨٢- أولا : صور اجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب :

قد يستغرق أحد الخطأين الآخر ، وقد لايستغرقه ، فهاتان صورتان لاجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب .

الصورة الأولى : استغراق أحد الخطأين الآخر :

وتتحقق هذه الصورة فى العديد من الفروض ، الأول هو أن يكون أحد الخطأين متعمدا ، والثانى أن يقع الضرر برضاء المضرور ، والثالث أن يكون أحدهما نتيجة للآخر .

ففى الفرض الأول ، حيث يكون أحد الخطأين متعمدا ، فالمبدأ هنا هو أن من تعمد إحداث الضرر كان خطؤه هو السبب الوحيد ، وبالتالى تحمل - وحده - كل آثار هذا الخطأ .[1]

فقد يقع الخطأ العمدى من الطبيب ، فيكون وحده المسئول عن تحقق الضرر، حتى ولو ساهم المريض بخطئه فى ذلك ، كأن يتعمد الطبيب عدم متابعة المريض بعد إجراء جراحة له ، وإهمال المريض - فى ذات الوقت - تناول العلاج ، مما يترتب على ذلك وفاة هذا الأخير ، ففى هذا الفرض يعد الطبيب وحده مسئولا عن هذا الضرر رغم مساهمة المريض بخطئه فى ذلك .[2]

وعلى العكس من ذلك ، فقد يكون المريض هو الذى تعمد إلحاق الضرر بنفسه ، وفى هذه الحالة تنتفى المسئولية عن الطبيب ، وقد يقع ذلك إذا تناول المريض متعمدا بقصد الإنتحار جرعات زائدة من العلاج عن القدر الذى حدده له الطبيب .[3]

أما فى الفرض الثانى ، وهو الذى يقع فيه الضرر برضاء المريض ، فالقاعدة هنا أن رضاء المريض لا يرفع عن فعل الطبيب صفة الخطأ[4] ، فموافقة المريض على إجراء جراحة جديدة وخطيرة تمثل خطأ من جانبه ، لكنها لاتخلع عن الطبيب صفة الخطأ وتبقى مسئوليته كاملة .[5]

ولايختلف الحال فى الفقه الإسلامى عنه فى الفقه القانونى ، حيث يتحمل الطبيب ، وحده ، الضمان ، متى كان فعله هو السبب الأقوى فى إحداث الضرر ، واقتصر

---

(١) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٧٧ .

(٢) العسبلى : المرجع السابق ، ص ٢٨٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا المعنى بأن " خطأ المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجانى وكان كافيا فى ذاته لإحداث النتيجة " نقض جنائى ٢٥ أبريل ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض الجنائى ١٧ / ٤٧٥ .

(٤) محمد حسين منصور : " المسئولية الطبية " دار الجامعة الجديدة للنشر ، بدون سنة طبع ، ص ٣٣ .

(٥) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٧٩ .

دور المريض على التسبب فى وقوع الضرر .[١]

كما يرتفع الضمان عن الطبيب متى وقع الضرر مباشرة من المريض ، بأن يتعمده ، على الرغم من وجود متسبب له ، تقديما للمباشر على المتسبب .[٢]

أما الفرض الثالث ، حيث يكون أحد الخطأين نتيجة للآخر :

ففى هذا الفرض إما أن يكون خطأ المريض ناتجا عن خطأ الطبيب ، وإما أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لخطأ المريض .

فحيث يقع خطأ المريض كنتيجة لخطأ الطبيب ، يكون خطأ هذا الأخير مستغرقا لخطأ الأول ، وبالتالى لا يكون لخطأ المريض أى أثر على تحقق مسئولية الطبيب[٣] ، ومثال ذلك ، تناول المريض العلاج بطريقة خاطئة ، بناء على توصية الطبيب بذلك ، مما ترتب عليه تفاقم حالته .

وبالمقابل فإنه حيث يكون خطأ الطبيب نتيجة لخطأ المريض ، تنتفى مسئوليته بذلك ، لاستغراق خطأ المريض خطئه[٤] ، ومثال ذلك ، أن يصف الطبيب للمريض علاجا لا يتناسب مع حالة المريض بناء على أعراض غير صحيحة ذكرها هذا الأخير .

---

(١) قرب وهبة الزحيلى ، المرجع السابق ، ص ٣٥ .

(٢) وهو ماقرره فقهاء الحنفية بقولهم أنه " ولو وضع خشبة على الطريق فتعقل بها رجل فهو ضامن له ، فإن وطئ المار على الخشبة ووقع فمات كان ضامنا له بعد ألا يتعمد الزلقة " الفتاوى الهندية ، جـ ٦ ، ص ٤١ ، وكذا ما جاء فى مجمع الأنهر من أنه " لو ضرب دابة أو نخسها ، فنفحته فمات فدمه هدر ، لأنه بمنزلة الجانى على نفسه " انظر : مجمع الأنهر ، المرجع السابق ، طبعة دار الطباعة العامرية جـ ٢ ، ص ٦٣٥ . ومن ذلك ايضا ما جاء فى المغنى ، جـ ٩ ، ص ٥٧٢ من أنه " إذا حفر انسان بئرا فى ملكه فوقع فيها انسان أو دابة فهلك ، وكان الداخل دخل بغير إذن ، فلاضمان على الحافر لأنه لاعدوان منه " .

(٣) العسبلى : المرجع السابق ، ص ٢٨١ .

(٤) عبد الرزاق توفيق العطار : " مصادر الإلتزام " مؤسسة البستان للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٢٧٧ .

الصورة الثانية : عدم استغراق أحد الخطأين الآخر (الخطأ المشترك) :

وفى هذه الصورة ، يعد خطأ المريض سببا مخففا لمسئولية الطبيب ، حيث ساهم بخطئه ، بقدر ما فى وقوع الضرر، بحيث يمكن القول أن للضرر سببين متميزين : خطأ المضرور وخطأ المسئول ويتم توزيع عبء التعويض بينهما فى هذه الحالة ، كل بقدر مساهمته فى إحداث الضرر .[١]

وهو ذات الحل الذى سبق أن قرره الفقه الإسلامى ، حيث يتحمل كل من المضرور والمسئول قدرا من الضمان بقدر مساهمته فى إحداث الضرر .[٢]

٨٣- ثانيا : شروط اعتبار خطأ المريض سببا لإعفاء الطبيب من المسئولية :

وفقا للقواعد العامة ، يلزم توافر عدة شروط فى فعل المضرور- المريض - لاعتباره سببا أجنبيا معفيا للمدعى عليه - الطبيب - من المسئولية .

فيجب ألا يكون خطأ المضرور راجعا إلى خطأ المدعى عليه ، كأن يقع بتحريضه[٣] ، ومن ذلك - كما فى المثال المتقدم - أن يتناول المريض علاجا بطريقة غير صحيحة ، بناء على توصية غير صحيحة من الطبيب .

ويجب كذلك ، أن يكون فعل المضرور هو الذى سبب الضرر[٤] ، ويختلف أثر هذا الفعل على إعفاء المدين - الطبيب - من المسئولية بحسب أهمية الدور الذى يقوم به ، فإذا كان هذا الفعل هو السبب الوحيد للضرر ترتب عليه إعفاء المدين - الطبيب - كليا من المسئولية ، يستوى فى ذلك أن يكون هذا الفعل منطويا على خطأ أم لا .[٥]

---

(١) السنهورى : الوجيز ، المرجع السابق ، رقم ٣٧١ ، ص ٣٧٨ ، الصدة : مصادر الإلتزام ، دار النهضة ، سنة ١٩٨٦ ، ص ٥٠٥

(٢) مجمع الضمانات ، ص ١٥٠ . حيث جاء أنه " إذا أوقف أرباب السفن سفينتهم على الشط فجاءت سفينة ، فأصابت السفينة الواقفة كان ضمان الواقفة على صاحب السفينة الجائية ، فإن انكسرت الجائية لايضمن صاحب الواقفة ، لأن الإمام أذن لأرباب السفن بإيقاف السفن على الشط فلا يكون تعديا " .

(٣) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٧١ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٧١ .

(5) P. Malaurie et L. Aynès : " Cours de droit civile ", t. VI, 1998, no.833, p. 480 .

أما إذا كان فعل المضرور لم يكن هو السبب الوحيد للضرر، بأن ساهم معه خطأ المدين فى ذلك، فيترتب عليه إعفاء المدين جزئيا من المسئولية ، شريطة أن يكون فعل المضرور قد انطوى على خطأ ايا كان طبيعة الإلتزام التعاقدى للمدين ، أى سواء كان التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق نتيجة .[١]

كما يجب أن يكون فعل المضرور غير ممكن توقعه وغير مستطاع دفعه[٢] ، أى يجب أن تتوافر فيه شروط القوة القاهرة ، وقد اختلفت أحكام القضاء الفرنسى فى اشتراط انطواء فعل المضرور - الذى توافرت فيه شروط القوة القاهرة - على خطأ من عدمه ، ففى حين ذهبت بعض الأحكام إلى أن فعل المضرور لا ينتج أثره فى اعفاء المدين من المسئولية ، كليا أو جزئيا ، ما لم ينطو على خطأ[٣] ، ذهبت أحكام أخرى[٤] ، إلى عدم اشتراط ذلك .

٨٤- التأمين من المسئولية وخطأ المضرور :

إذا توافرت الشروط السابقة فى خطأ المضرور تعين القول بانتفاء مسئولية الطبيب ، وبالتالى لايكون هناك محل للحديث عن تعويض المريض ، ولكن هل يمكن إغفال مثل هذا الأثر لخطأ المضرور كسبب أجنبى يحول دون تعويض هذا الأخير ؟ .

نرى إمكان ذلك ، بل وضرورته ، فى ظل الأخذ بالتأمين من المسئولية الطبية ، فالمؤمن ينبغى أن يأخذ على عاتقه تعويض المضرور ولو كان وقوع الضرر بفعله ، ما لم يكن قد تعمده - بطبيعة الحال - حيث لا يكون جديرا بأى تعويض فى مثل هذه الحالة .[٥]

---

(1) Ibid., p. 480 .

(٢) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٧٢ .

(3) Cass. civ. 1re, 31 janv. 1973, Bull. civ., I, no. 41; D. 1973, p. 149, note Schmelck ; R.T.D.C. 1973, p. 576, note G. Durry . R.T.D.C., 1973, p. 567 .

انظر فى تفصيل ذلك : عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٧٤ وما بعدها .

(4) Cass. civ. 14 avr. 1958, J.C.P. 1959, II, 10935, note Rodiér .

(٥) قرب سعد واصف : المرجع السابق ، ص ١٧٣ .

هذا الرأى لايمكن تبريره من الناحية القانونية إلا على ضوء التأمين من المسئولية [١] ، الذى يسمح للقاضى أن يمنح المضرور تعويضا كاملا متى علم بأن المسئول يغطيه تأمين المسئولية . [٢]

ويرجع ذلك إلى أن لكل من التأمين والمسئولية فلسفة مستقلة تجاه خطأ المضرور ، ففى حين يهدف التأمين إلى تغطية مسئولية محدث الضرر ، ترمى المسئولية إلى انقاص ما يستحقه المضرور من التعويض بقدر ما يكون ساهم به بخطئه فى إحداث الضرر ، والذى يتمثل فى الإعفاء الجزئى للمسئول من المسئولية . [٣]

ويترتب على ذلك ، أنه بينما لايسأل محدث الضرر - الطبيب - الذى يكون مبرما لتأمين من مسئوليته عن الأضرار التى يحدثها للغير ، حتى ولو كان ذلك بخطأ جسيم ، فإنه - على العكس من ذلك - يمكن التمسك فى مواجهة المضرور - المريض - بخطئه من أجل تخفيض حقه فى التعويض . [٤]

ولا شك فى أن مثل هذا الوضع يبدو غريبا ، أن يتحلل المسئول من تبعة خطئه ولو كان جسيما لكونه قد أبرم تأمينا من مسئوليته ، وأن يفقد المضرور قدرا من حقه فى التعويض بخطئه حسب ما تقضى به قواعد المسئولية .

أضف إلى ذلك أن إجراء مثل هذا الإنقاص من مقدار التعويض - أو بعبارة أخرى ، اقتسام المسئولية بين المسئول والمضرور - بحسب الدور الذى لعبه خطأ المضرور فى إحداث الضرر ليس أمراً هينا على أية حال ، لأن المضرور سيجد نفسه فى مواجهة مؤمن المسئول [٥] - إذ الغالب أن يكون المسئول مبرما لتأمين من مسئوليته خاصة فيما يتعلق بالأنشطة

---

(١) سعد واصف : المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

(٢) محسن البيه : " حقيقة أزمة المسئولية المدنية " سابق الإشارة ، ص ١٢١ ، سعد واصف : المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

(٣) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٦٣ .

(٤) المرجع السابق ، ذات الموضع .

(٥) قرب محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٦١ .

التى تترتب عليها أضرار جسدية لا سيما النشاط الطبى - حيث يستغرق تحديد نصيب المضرور من المسئولية وبالتالى مقدار ما يتحمله من مقدار التعويض وقتا طويلا يمضى فى تحقيق ادعاءات المؤمن بوجود الخطأ فى جانب المضرور للمماطلة فى أداء التعويض أكبر مدة ممكنة من ناحية ، ولإنقاص مقداره قدر الإمكان من ناحية ثانية ، ومثل هذه الإدعاءات بتوافر الخطأ فى جانب المضرور ليست عسيرة خاصة فيما يتعلق بالنشاط الطبى الذى يمكن أن ينسب فيه إلى المريض أى خطأ قد يتمثل فى عدم مراعاة تعليمات الطبيب ، أو الإهمال فى تنفيذ برنامج العلاج أو غير ذلك مما تدخل الإعتبارات الفنية فى تقديره بنسبة كبيرة .

كما يجب ألا يغيب عن الإعتبار أن عملية تقسيم المسئولية بين المسئول والمضرور تنطوى على عمل تحكمى فيما يتعلق بتقدير قدر الإعفاء من التعويض الذى سيمنح للمسئول ، وإذا كان الأمر متروكَ للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع فليس ذلك - كما يقرر البعض بحق [1] - إلا من قبيل التسليم بالعجز عن إجراء مثل هذا التقسيم على أسس موضوعية .

ولذلك - وإزاء هذا الوضع - لم تتردد محكمة النقض الفرنسية فى أن تقضى بعدم الإعتداد بخطأ المضرور ورفض الإعفاء الجزئى للمسئول بسبب هذا الخطأ [2] ، وهو ما

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢١ وما بعدها .

(2) Cass. civ, 21 juill. 1982, Gaz. Pal. 1982, II, p. 391, concl. Chabonnier .

وفى تعليقه على هذا الحكم الهام المعروف بحكم ديسمار l'arrêt Desmares يتسائل الفقيه "S. Markesinis ألم يتأثر هذا القضاء بالرغبة فى تحسين وضع المضرور ؟ أليس هو التأمين الذى يجعل ذلك ممكنا ؟ أليس ممكنا كذلك أن نقرر أن المحاكم تبدو متحفظة لقبول خطأ الراحل أو راكب الدراجة ، وبصفة عامة حين يتعلق الأمر بأطفال أو عجائز ؟ والحق يقال ، فى مثل هذه الحالات ، يمكن تبرير ذلك بـأن هؤلاء أعوزهم السيطرة الجسدية التى يمكن أن تحول بينهم وبين الخطأ . إن مثل هذا التبرير لايعبر ، غالبا ، إلا عن وسيلة ما للتخلص من ، بل ولإنكار ، الأخطاء التى تصدر عن المضرور لتفادى النتائج غير العادلة التى تنشأ عن تطبيق القضاء القائم من سنة ١٩٣٤ والذى يعفـى المسئول جزئيا من المسئولية بخطأ المضرور " .

انظر فى ذلك :

Basil S. Markesinis : " La perversion des notions de responsabilité civile délicuelle par la pratique de l'assurance " R.I.D.C., no. 2, avr.- juin 1993, p.301 et s. et notamment 314 .

يعنى اقتناع المحكمة بضرورة تبنى مسئولية موسعة مادام المسئول مبرما تأمينا من مسئوليته ، مادامت قواعد المسئولية لاتشبع الحاجة إلى تعويض مضرورى الحوادث . (١)

ولايفوتنا أن ننوه - كما يقرر البعض بحق (٢) - أن المجال الطبيعى لتطبيق هذا الحل الذى اهتدت إليه محكمة النقض هو فحسب حيث يكون التأمين من المسئولية إجباريا ، فإلغاء توزيع المسئولية بين المسئول والمضرور يرتبط منطقيا بوجود هذا التأمين الإجبارى ، وهذا الذى قررته محكمة النقض هو مااعتنقه المشرع الفرنسى لاحقا فى قانون ٥ يوليو ١٩٨٥ الصادر بخصوص تعويض ضحايا حوادث السيارات حيث أحدث تغييرا جذريا فى الأثر التقليدى لأسباب الإعفاء من المسئولية ، وعلى رأسها خطأ المضرور . (٣)

خلاصة القول ، أنه ينبغى إعادة النظر فى الأثر المعفى من المسئولية لخطأ المضرور فى نطاق المسئولية الطبية لا سيما أن النشاط الطبى من أكثر الأنشطة المهنية التى تترتب عليها أضرار جسدية ، وقد لايكون مثل هذا الرأى سائغا ، ولكننا نظن أن عدم القول بذلك يعنى إنكار وتجاهل دور التأمين من المسئولية فى التأثير على الوظيفة التعويضية للمسئولية المدنية ، وهو أمر يصعب غض الطرف عنه .

---

(١) محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٦٢ .

(2) G. Viney : " L'indemnisation des victimes de dommages causés par le fait d'une chose " D. 1982, chron. p. 201 et s.

(٣) فقد ميزت المادة الثالثة من هذا القانون ، فيما يتعلق بخطأ المضرور ، بين ما إذا كان قائدا لسيارة أو راجلا، فلم ترتب على خطأ كل منهما ذات الأثر الذى ترتبه على الآخر ، كما أخذت فى الإعتبار عمر الضحية ، حيث قررت حماية خاصة للحدث وكذلك للمسن ، فلم تحفل بخطأ المضرور كسبب ناف لمسئولية المسئول متى كان دون السادسة عشر أو فوق السبعين من عمره .

V. Cantagrel : " L'indemnisation par l'assureur de responsabilité civile de victime decedée accidentellement ", 1993, p. 93 .

الفرع الثانى
فعــل الغيــــر

٨٥- المقصود بالغير :

الغير هو كل شخص غير المضرور وغير الأشخاص الذين يسأل عنهم قانوناً [١] ، فقد يقع الخطأ فى نطاق المسئولية الطبية من جانب طبيب آخر غير الطبيب المدعى عليه ، وبالتالى يكون لهذا الأخير دفع مسئوليته بفعل الغير . [٢]

وعلى ذلك ، فإن الضرر الذى يقع بفعل أحد الأشخاص الذين يسأل المدين قانوناً عنهم لا يعد سبباً أجنبياً يعفى به الأخير من مسئوليته ، لأنه يعد صادراً عن المدين شخصياً [٣] ، كما هو الحال بالنسبة لتابعى الطبيب مثلاً .

وقد ثار الخلاف حول ضرورة تحديد شخص الغير ، فذهب جانب من الفقه [٤] ، إلى التمييز بين فعل الغير وخطأ الغير ، ففى حالة ما إذا دفع المدين مسئوليته بفعل الغير فلا يلزم تحديد شخص هذا الغير ، أما فى حالة ما إذا دفع المدين مسئوليته بخطأ الغير ، فإنه يتعين تحديد شخص هذا الغير .

---

(١) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١١٤ ، محمد لبيب شنب : " المسئولية عن الأشياء . دراسة مقارنة فى القانون المدنى المصرى مقارنا بالقانون الفرنسى " مكتبة النهضة المصرية ، سنة ١٩٥٧ ، ص ٢٤٩ ، يحيى أحمد موافى : " المسئولية عن الأشياء فى ضوء الفقه والقضاء . دراسة مقارنة " منشأة المعارف بالأسكندرية ، سنة ١٩٩٢ ، ص ٢٠٨ ، حيث يذهب فى تعريفه للغير بأنه " هو الشخص الثالث الغريب عن المتضرر الذى ادعى وعن المدعى عليه الذى داعاه المتضرر " .

(٢) محمد حسن منصور : المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

(3) P. Malaurie et L. Aynès : op. cit., no. 834, p. 481 ; Cass. 1re civ. 23 juill. 1979, Bull. civ., I, no.228 .

(٤) سليمان مرقس : " نظرية دفع المسئولية المدنية " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٣٦ ، ص ٤١٨ وما بعدها ، إبراهيم الدسوقى : " الإعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات . دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبى فى الفقه والقضاء المصرى والفرنسى " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٥ ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

غير أن غالبية الفقه [١] ، تذهب - بحق - إلى عدم ضرورة تحديد شخص الغير ، لأن مناط إعفاء المدين من المسئولية هو مجرد وقوع الضرر بسبب آخرخارج عنه ، هو فعل شخص من الغير أياً كان هذا الشخص ، أما تحديد هذا الأخير فيتعلق بأمر آخر بعيد عن وقوع الضرر بفعل المدعى من عدمه .

٨٦- فعل الغير وخطأ الغير :

ثار الخلاف حول ما إذا كان من اللازم أن ينطوى فعل الغير على خطأ من عدمه ، ويفرق الفقه فى هذا الخصوص بين فرضين ، الأول أن يكون فعل الغير هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، وهنا لا يلزم أن ينطوى هذا الفعل على خطأ [٢] ، والثانى أن تكون هناك أسباب أخرى إلى جانب فعل الغير، وهنا انقسم الفقه ، فذهب البعض [٣] ، إلى أن عدم اشتراط أن يكون فعل الغير خطأ ، وذلك على أساس أنه يعفى المدين من المسئولية جزئياً ، ولو لم يتصف بالخطأ ، مادام أنه كان أحد أسباب الضرر، بينما ذهبت غالبية الفقه [٤] ،إلى أن فعل الغير - فى هذا الفرض - لا يكون سبباً أجنبياً يعفى المدين من المسئولية إلا إذا اتصف بالخطأ ، وقامت السببية بينه وبين ما أصاب المضرور من ضرر .

على أنه يشترط فى فعل الغير الذى يعد سبباً لإعفاء المدين - الطبيب - من المسئولية شروط القوة القاهرة ، بأن يكون غير متوقع وغير ممكن دفعه . [٥]

---

(١) السنهورى : الوسيط ، جـ ١ ، ص ٨٩٧ ، محمد لبيب شنب : المرجع السابق ، ص ١٥٢ ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١١٧ .

(٢) السنهورى : المرجع السابق ، ص ٨٩٦ ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١١٧ .

(3) Marty et Raynaud : " Droit civil - les obligations " t. 11, 1962, no. 495 .

(٤) السنهورى : المرجع السابق ، ص ٨٩٦ ، محمد لبيب شنب : المرجع السابق ، ص ٢٥١ ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١١٨ .

(5) P. Malaurie et L. Aynès : op. cit., p. 481 .

٨٧- أثر فعل الغير على مسئولية الطبيب :

يختلف أثر فعل الغير على الطبيب بحسب ما إذا كان هذا الفعل هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، أو ساهمت معه أسباب أخرى .

فإذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، فإن المدعى عليه - الطبيب - يكون بمنأى عن أى صلة بالضرر لانتفاء علاقة السببية بين خطئه وبين هذا الضرر . (١)

أما إذا كان فعل الغير هو أحد أسباب متعددة ساهمت فى وقوع الضرر ، وهو ما يحدث كثيراً فى نطاق المسئولية الطبية ، حين يساهم إلى جانب خطأ الطبيب المدعى عليه خطأ طبيب آخر فى إحداث الضرر، فإنه يلزم أن نفرق بين من يلتزم بالتزام تعاقدى فى مواجهة المدعى - المضرور - وبين من لا تربطه بهذا الأخير رابطة تعاقدية .

ففى النطاق التعاقدى ، ووفقاً للقواعد العامة ، لا يكون هناك تضامن بين المدينين بغير اتفاق خاص ، فإذا تعهد العديد من الأطباء إجراء جراحة لمريض - فى إطار الإلتزام التعاقدى - فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يطالب أياً منهم بالتعويض كاملاً لانتفاء التضامن بينهم ، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك ، ولذلك لا رجوع له على أى منهم إلا بقدر نصيبه . (٢)

أما فى النطاق التقصيرى للمسئولية ، فإننا نكون بصدد تضامن قانونى بين المدينين (٣) ، ومن ثم فإن للمضرور أن يرجع على أى منهم بالتعويض كاملا ، مادام أن خطأ أى منهم لم يستغرق خطأ الآخر، ثم يقوم بعد ذلك من دفع التعويض بالرجوع على الآخرين . (٤)

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ، ص ٨٩٦ ؛ سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٤٢٥ ؛ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١١٩ .

(٢) قرب هذا ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٢١ .

(٣) تنص المادة ١٦٩ من التقنين المدنى المصرى على أنه " إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض " .

(٤) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

ويثور التساؤل عن مدى جواز احتجاج الغير بالخطأ المفترض للطبيب لدفع مسئوليته ، ولا خلاف فى أن افتراض الخطأ فى جانب هذا الأخير إنما قرر لمصلحة المضرور وحده ، فلا يستطيع غيره أن يحتج به ، وبالتالى فإنه فى حالة اشتراك خطأ الغير مع خطأ الطبيب حال كون هذا الخطأ الأخير مفترضا لم يجزله أن يحتج بذلك .(١)

٨٨- خطأ الغير كأحد أسباب الإعفاء من المسئولية فى الفقه الإسلامى :

يتفق الفقه الإسلامى مع الفقه القانونى فى اعتبار خطأ الغير سببا معفيا من المسئولية ، وقد زخرت فروع الفقهاء بما يفيد ذلك ، من ذلك قولهم " إن من حفر بئرا تعديا ، وأوقع فيه شخص شيئا فهلك ، فإن المردى يقدم فى الضمان على الحافر ، لأنه مباشر ومقدم على المتسبب " .(٢)

وترتيبا على ذلك ، فإن الضمان يرتفع عن الطبيب بقدر مساهمة الغير فى إحداث الضرر ، ويتفاوت مقدار الضمان الذى يرتفع عن الطبيب بحسب جسامة الخطأ المرتكب من الغير .(٣)

٨٩- التأمين من المسئولية وفعل الغير :

هل يمكن أن يؤثر التأمين من المسئولية على " فعل الغير " كدفع يدفع به الطبيب مسئوليته ؟ القواعد العامة - كما عرضنا لها حالا - تستوجب الإجابة بالنفى ، ولكن إذا كان ذلك هو ما ينبغى التسليم به فى نطاق علاقة لا تشمل سوى الطبيب والمريض ، فإننا نظن أنه فى ظل وجود ذمة جماعية متمثلة فى المؤمن يجب ألا يحول فعل الغير دون جبر

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ، هامش ص ٨٩٩ وما بعدها ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٢٣ .

(٢) شرح الخرشى على مختصر خليل ، وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى ، دار صادر بيروت ، جـ ٦ ، ص ١٣٢ . ومن فروعهم كذلك ما جاء فى مجمع الضمانات ، ص ١٤٩ " انه إذا ازدحموا يوم الجمعة ، فدفع بعضهم بعضا ، فوقع فى زجاج الخزاف وقدورة ، فانكسرت ، يضمن الدافع إن انكسرت بقوة دفعه " . وكذا ماجاء فى مغنى المحتاج على المنهاج ، جـ ٢ ، ص ٢٧٨ أن " من فتح رأس زق - الزق وعاء من جلد يجز شعره يتخذ للماء والشراب ، جمعه أزقاق وزقاق (المعجم الوجيز ص ٢٨٩) - مطروح على الأرض ، فخرج مافيه بتقريب النار إليه ، فالضمان على مقرب النار لا على فاتح الزق " .

(٣) عبد الراضى هاشم : المرجع السابق ، ص ٢٠٦ .

الضرر الذى حاق بالمريض . (١)

سندنا فى ذلك هو أن ذلك الدور الذى ينبغى أن يلعبه التأمين من المسئولية كأساس للمسئولية ، فالهدف الأساسى لهذه الأخيرة هو تعويض المضرور، فتأمين المسئولية يساهم إلى حد كبير فى سد النقص فى الوظيفة التعويضية للمسئولية المدنية دون أن يكون بديلا عنها ، وإنما يعمل إلى جوارها . (٢)

ولعل قناعة المشرع الفرنسى بهذا الدور للتأمين من المسئولية هو الذى دفعه إلى أن يخرج عن القواعد العامة فى المسئولية ، والتى تقر فعل الغير كسبب أجنبى معف من المسئولية ، حين نص فى المادة الثانية من قانون ٥ يوليو ١٩٨٥ بخصوص تعويض حوادث السيارات على أنه لايجوز الإحتجاج فى مواجهة المضرور بفعل الغير سواء من قائد السيارة أو من الحارس . (٣)

---

(١) قرب سعد واصف : المرجع السابق ص ١٧٣ .

(٢) محسن البيه : " حقيقة أزمة المسئولية المدنية " سابق الإشارة ، ص ١٢١ .

(3) Art.2 : " Les victimes y compris les conducteurs, ne peuvent se voir opposer la force majeur ou le fait d'un tiers par le conducteur ou le gardien d'un vécule " .

والملاحظ على هذا النص أنه قرر مبدأ عدم الإحتجاج فى مواجهة المضرور ايا كان وضعه وقت الحادث ، أى سواء كان قائدا لسيارة أو راجلا ، كما لم يميز بين ضرر يصيب الأشخاص أو يصيب الأموال ، أضف إلى ذلك ، أنه حظر الإحتجاج بفعل الغير كسبب ناف للمسئولية ايا كان الشخص الذى يثير هذا الدفع ، أى سواء كان قائد السيارة أم الحارس لها ، وهو ما يؤكد اتجاه المشرع نحو تجاوز القواعد التقليدية فى المسئولية ، واعتناق قاعدة جديدة هى ضرورة تعويض المضرور دون الإلتفات إلى ماقد يثار من أسباب أجنبية نافية للمسئولية .

V. Cantagrel : " L'indemnisation par l'assureur de responsabilité civile de la victime decedée accidentellement ", 1993, p. 91 et s.

والواقع أنه لم يكن من الممكن تبرير أو قبول هذا التحول عن القواعد التقليدية للمسئولية المدنية إلا لأن المشرع الفرنسى قد فرض التأمين الإجبارى من حوادث السيارت ، فأصبح تعويض المضرور لزاما على مؤمن المسئولية ، دون أن يملك الإحتجاج فى مواجهته بانتفاء مسئولية المؤمن له بسبب فعل الغير ، وفقاً لهذا التنظيم الخاص . ومن جانبنا نرى أن المريض الذى يقع ضحية للمخاطر المرتبطة بالنشاط الطبى ليس أقل جدارة بالتعويض من ضحية حوادث السيارات ، فإذا كان كلاهما قد أصابه ضرر غير مستحق ، إلا أننا نرى أن المريض قد أتاه الضرر من حيث ينتظر البرء والشفاء ، ولسنا ـ بذلك ـ نفاضل بين الإثنين بقدر ما نريد أن نؤكد على أن علة نص المادة الثانية من قانون ٥ يوليو ١٩٨٥ ، وهى وجود تأمين من المسئولية ، متحققة بخصوص تعويض المريض ، فمتى تقرر الأخذ بنظام التأمين من المسئولية الطبية ، تعين تطبيق ذات الحكم باستبعاد فعل الغير كسبب أجنبى ناف لمسئولية الطبيب المؤمن له .

الفرع الثالث
القـوة القاهرة

٩٠- تمهيـد وتقسيـم :

قد تنتفى علاقة السببية بين الخطأ الصادر عن المدين - الطبيب - ، والضرر الذى أصاب الدائن - المريض - بعيداً عن تدخل أى شخص ، كما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة ، ويترتب على توافرها إعفاء المدين - الطبيب - من أية مسئولية وهى تعد سبباً للإعفاء من المسئولية سواء كانت مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية .(١)

ونتناول بحث القوة القاهرة من خلال بيان المقصود بها ، وشروطها ، ثم أثرها على مسئولية الطبيب .

٩١- أولاً : المقصود بالقوة القاهرة وشروطها :

تعرف القوة القاهرة أو الحادث الفجائى (٢) ، بأنها " حادث خارجى لا يمكن توقعه ولا دفعه ، ويؤدى مباشرة إلى حصول الضرر مباشرة " .(٣)

---

(1) P. Malaurie et L. Aynès : op. cit., no. 827, p. 477 .

(٢) ثار خلاف فى الفقه حول ما إذا كانت القوة القاهرة تتميز عن الحادث الفجائى أم أنهما مترادفان لهما نفس الحقيقة ، وقد انقسم الفقه فى هذا الخصوص إلى اتجاهين ، الإتجاه الأول يذهب إلى ضرورة التفرقة بينهما ، وفى محاولة لتدعيم هذا النظر ، لم يستقر هذا الرأى على أساس لتلك التفرقة ، فتارة يقرر أن الحادث الفجائى هو حادث طبيعى ، بينما القوة القاهرة لا دخل للطبيعة فى تحققها ، وإنما هى صادرة عن شخص آخر بخلاف الشخص المدعى عليه من قبل المضرور ، وتارة أخرى يقرر أن القوة القاهرة حادث لايمكن مقاومته ، وأن الحادث الفجائى حادث لايمكن توقعه ، وتارة ثالثة يقرر أن الحادث إذا كان كبير الأهمية فهو قوة قاهرة ، أما إذا كان قليل الأهمية فهو حادث فجائى . أما الإتجاه الثانى والذى يذهب إلى وحدة كل من القوة القاهرة والحادث الفجائى ، فيرتكز فى ذلك إلى عدم وجود أى أثر قانونى يمكن أن يترتب على إجراء تلك التفرقة بينهما ، وعلى حد قول الأستاذ الدكتور سليمان مرقس فى مؤلفه (شرح القانون المدنى . فى الإلتزامات ، ص ٣٦٧) أن " الحادث الجبرى والقوة القاهرة تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه ، يجبر الشخص على الإخلال بالإلتزام "وهذا الإتجاه الثانى هو ما يأخذ به - بحق - الرأى الغالب فى الفقه فى مصر السنهورى : المرجع السابق ، ص ٨٧٦ ، سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٣٦٧ ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٩٣ وما بعدها ، محمود جمال الدين زكى : " الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى " جـ ١ ، سنة ١٩٧٦ ، رقم ١٩٤ ، ص ٣٥٤ .

(٣) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٥٨٦ ، ص ٨٧٦ ، سليمان مرقس : " شرح القانون المدنى . فى الإلتزامات " المطبعة العالمية ، سنة ١٩٦٤ ، ص ٣٦٧ ، محمد لبيب شنب : المرجع السابق ، ص ٢٣٣ ، عاطف النقيب : " النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الأشياء فى مبادئها القانونية وأوجهها العملية " منشورات عويدات ، بيروت ، باريس ، ط ١ ، سنة ١٩٨٠ ، ٣٠٣ .

وفى ضوء هذا التعريف للقوة القاهرة يمكن تحديد شروطها ، وهى تنحصر فى ثلاثة شروط ، أولها عدم نسبة القوة القاهرة إلى المدين ، وثانيها عدم استطاعة التوقع ، وثالثها استحالة الدفع .

١- عدم نسبة القوة القاهرة إلى المدين :

وقد عبر عن هذا الشرط المشرع الفرنسى فى المادة ١١٤٧ من التقنين المدنى بقوله " سبب أجنبى لا يمكن أن ينسب إليه " [١] ، أما المشرع المصرى فقد عبر عنه فى المادة ١٦٥ من التقنين المدنى بقوله." سبب أجنبى لا يد له فيه " .

ويقصد بهذا الشرط أنه حادث خارجىExtérieur عن تدخل المدين [٢] ، ولهذا فإن الأمر الذى يتصل بالمدين يعتبر سببا داخليا ، لايمكنه الإحتجاج به ، ومن ذلك احتجاج المدين - الطبيب - بقصور الأشياء - الأدوات الطبية - أو الأشخاص - تابعى الطبيب - الذين يستعين بهم فى تنفيذ التزامه . [٣]

٢- عدم استطاعة التوقع :

يشترط فضلاً عن عدم نسبة الحادث إلى المدين ، ألا يكون من الممكن توقعه ، لأن عدم توقع المدين له ، مع إمكانية ذلك ، يجعله مخطئاً لعدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة لتفادى وقوع الحادث . [٤]

---

(1) Art. 1147 " .... Cause étrangère qui ne peut lui être imputée " .
(2) P. Malaurie et L. Aynès : op. cit., no. 831, p. 479 .
(٣) قرب عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٩٧ .
(٤) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

وعدم التوقع ينصب على الوقائع الإستثنائية دون المعتادة ، فهذه الأخيرة يجب أن يتوقعها المدين دائماً[١] ، ومن أمثلة تلك الوقائع الأخيرة ، أن يصدر تشريع يحظر استيراد بعض المعدات الطبية أو الأدوية من الخارج [٢] ، فمثل هذه الوقائع من الممكن توقعها ، ولذلك لا تعد من قبيل القوة القاهرة ، ويمتنع على الطبيب أن يتمسك بها لدفع مسئوليته .

ويختلف الوقت الذى يعتد فيه بعدم إمكان التوقع بحسب ما إذا كنا بصدد مسئولية عقدية ، أو مسئولية تقصيرية ، ففى الأولى تكون العبرة بوقت إبرام العقد - بين المريض أو ذويه مع الطبيب - ، فى حين تكون العبرة فى الثانية بوقت وقوع الحادث (النشاط الطبى المنتج للضرر) . [٣]

وقد طبق القضاء الفرنسى هذا الشرط بكل دقة ، حيث فرض رقابته على تقدير ما إذا كانت الواقعة مما يمكن توقعها أم لا ، فلم يعتبرها سببا أجنبيا ينفى مسئولية المدين إلا فى الحالة الثانية دون الأولى . [٤]

٣- استحالة الدفع :

يشترط أخيرا فى الحادث الذى يعد قوة قاهرة أن يستحيل دفعه ، سواء كانت هذه الإستحالة مادية أو معنوية [٥] ، بحيث يكون من شأنها أن تجعل تنفيذ إلتزام المدين مستحيلاً .

---

(١) المرجع السابق ، ذات الموضع .

(٢) العسيلى : المرجع السابق ، ص ٢٩٢ .

(٣) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٥٨٨ ، ص ٨٧٨ ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(4) Cass. Com., 23 fév. 1988, Bull. Civ., IV, no. 87 ; Cass. Com., 3 oct. 1989, Bull. Civ, IV, no. 346 ; J.C.P. 1990, II, 21423 ; R.T.D.C. 1990, p. 87, note P. Jourdain ; Cass. Civ. 3e, 30 nov. 1983, Bull. Civ. III, no. 253 ; Cass. Civ. 1re 26 janv. 1971, Bull. Civ., I, no. 27 ; Cass. Civ., 1re 7 mars 1966, Bull. Civ., I, no. 166, R.T.D.C. 1966, p. 823, note Durry ; Cass. Civ., I, 30 juin 1953, D. 1953, p. 642 .

(٥) السنهورى : الوسيط ، جـ ١ ، ص ٥٨٩ .

ومثال الإستحالة المادية أن يشب حريق هائل فى المستشفى قبيل إجراء الطبيب العملية الجراحية للمريض ، ومثال الإستحالة المعنوية أن يموت عزيز لدى هذا الطبيب يجعل إجراء تلك الجراحة أمرا مستحيلاً . (١)

والإستحالة التى تترتب على القوة القاهرة هى الإستحالة المطلقة ، وليست مجرد الإستحالة النسبية ، وهى - أى الإستحالة المطلقة - التى تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً لكل شخص وجد فى نفس ظروف المدين (٢) ، وهو ما تستقل محكمة الموضوع بتقديره وفقاً لما تستظهره من أوراق الدعوى . (٣)

٩٢- ثانياً : أثر القوة القاهرة على مسئولية الطبيب :

يختلف أثر القوة القاهرة على مسئولية الطبيب بحسب ما إذا كانت هى السبب الوحيد للضرر ، أو اشترك معها سببَ آخر كخطأ الطبيب .

ففى الحالة الأولى تنتفى رابطة السببية ، ومن ثم تنتفى مسئولية الطبيب ، وقد يقتصر الأمر على مجرد وقف تنفيذ الإلتزام لحين زوال المانع . (٤)

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ، ص ٥٨٩ ، سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ١٩٩ وما بعدها ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٠١ .

(٢) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٠٢ .

(٣) وهو ماأكدته محكمة النقض المصرية فى حكم لها حيث قررت أنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه ، وهذا الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذى تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها " (طعن مدنى رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ بتاريخ ٢٧ مارس ١٩٨٠ ، س ٣١ ، مشار إليه عند عدلى خليل ، المرجع السابق ، ص ١٥٨) .

ومن أمثلة ما قضى به القضاء الفرنسى فى ذلك :

Cass. civ. 11 juill. 1963, J.C.P. 1964, no. 13607, note J. Boré .

(٤) السنهورى : المرجع السابق ، جـ ١ ، رقم ٥٩١ ، سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص ٢٤٦ ، عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١١٠ .

أما فى الحالة الثانية ، فإن اشتراك خطأ الطبيب مع القوة القاهرة فى إحداث الضرر ، يجعله مسئولاً مسئولية كاملة لأن خطئه كان سبباً فى وقوع الضرر ، ولا يمكن أن يسأل أحد غيره ، لأن الذى ساهم معه فى إحداث الضرر هى القوة القاهرة .[١]

٩٣- القوة القاهرة او الآفة السماوية فى الفقه الإسلامى :

يعبر فى الفقه الإسلامى عن القوة القاهرة بالآفة السماوية أو بالفجأة[٢] ، ويعرفها بعض الفقهاء بأنها " قوة لايستطيع الإنسان دفعها ، وليس فى إمكانه الإحتراز عنها "[٣] ، ويعرفها البعض الآخر بأنه " أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان ، لاقبل له به " .[٤]

وهى تعتبر فى الفقه الإسلامى سببا أجنبيا يقطع علاقة السببية بين التعدى والضرر[٥] ، ولذلك يرتفع الضمان عن الطبيب إن ساهم فى إحداث الضرر حادث يمكن اعتباره آفة سماوية .

٩٤- التأمين من المسئولية والقوة القاهرة :

هل يعنى حدوث الضرر للمريض بفعل القوة القاهرة وحدها أن يحرم من كل حق فى التعويض ؟ هذا هو ما تقضى به القواعد التقليدية للسببية كما مر بنا حالاً فى الحالة الأولى التى تكون فيها القوة القاهرة هى السبب الوحيد لوقوع الضرر حيث يترتب على ذلك انتفاء رابطة السببية .

---

(١) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ذات الموضع .

(٢) ملتقى الأبحر مع شرحه مجمع الأنهر ، للشيخ عبد الرحمن بن سليمان المعروف بشيخ زاده ، دار السعادة ، جـ ٢ ، ص ٦٧٦.

(٣) الزحيلى : المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(٤) الشيخ شلتوت : المرجع السابق ، ص ٣٢ .

(٥) من فروع الفقهاء التى تدل على ذلك : " وضع أحد جمرة على طريق فهبت الريح لها ، وأزالتها عن مكانها ، فأحرقت شيئا لايضمن الواضع ، وكذا لو وضع حجرا فى الطريق ، فجاء السيل ودحرجه ، فكسر شيئا لايضمن الواضع لأن جنايته زالت بالماء والريح " مجمع الضمانات ، ص ١٤٩ ، ومنها كذلك " لو وضع جرة على سطحه أو حجرا فرمته الريح على انسان فقتله ن أو شئ فأتلفه لم يضمن ، لأن ذلك من غير فعله ، ووضعه له كان فى ملكه " المغنى ، جـ ٩ ، ص ٥٧٨ .

ليس لدينا من شك فى أن التأمين من المسئولية يمكن ، بل ينبغى ، أن يخرج عن هذه النتيجة التى تقررها القواعد العامة ، فيغطى مسئولية الطبيب حتى فى حالة وقوع الضرر بفعل القوة القاهرة وحدها ، فعلى الرغم من انتفاء المسئولية فى تلك الحالة ، إلا أنه ليس هناك ما يحول دون أن تمتد مسئولية الطبيب لتشمل القوة القاهرة ، فليس فى ذلك خروج على القواعد العامة ، بل على العكس تطبيق لها ، حيث يجوز الإتفاق - وفقاً للمادة ٢١٧ / ١ من التقنين المدنى - على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة [١] ، فضلاً عن أن القواعد العامة تجيز تأمين المخاطر الناشئة عن القوة القاهرة والحادث الفجائى .[٢]

ومثل هذه المسئولية الموسعة لن يضار منها الطبيب ، لأن التأمين سيغطيها ، كما لن يتأذى منها المؤمن لأنه سيقبض مقابلا لتلك التغطية .[٣]

أما المريض فإذا كان مثل هذا الحل يتيح له الحصول على التعويض ويوفر له حماية ما كان ليحصل عليها حال تطبيق القواعد العامة التى تضع على كاهله تبعة وقوع الضرر بالكامل إذا كان بفعل القوة القاهرة وحدها ، فلن يكون هذا التعويض أو تلك الحماية غير مستحقة ، لأنه سيكون المتحمل الأخير لتلك المسئولية الموسعة ، لأن الطبيب سيضع على عاتقه - وغيره من المرضى - الزيادة التى ستطرأ على قسط التأمين والتى يفرضها المؤمن لقاء تغطيته مثل هذه المسئولية ، والأهم من ذلك أن حماية المضرور فى حد ذاتها هى الهدف المنشود من نظام التأمين ، فهذا الأخير وإن كان يضمن مسئولية الطبيب المؤمن له ، إلا أن حماية وتعويض المريض هدف متحقق بصورة ملازمة لذلك الضمان ، ولا ينبغى أن تأتى فى مرتبة متأخرة عنه .

---

(١) سعد واصف : المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

(٢) تنص على ذلك المادة ٧٦٨ / ١ من التقنين المدنى المصرى بقولها " يكون المؤمن مسئولا عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد ، وكذلك يكون مسئولا عن الأضرار الناجمة عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة " .

(٣) قرب سعد واصف : المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

الحاصل ، أن الأثر التقليدى الذى تلعبه القوة القاهرة فى نفى علاقة السببية حين يقع الضرر بفعلها وحدها ، لا يكون له مبرر فى ظل الأخذ بالتأمين من المسئولية الطبية الذى يمكن أن يشمل القوة القاهرة ويغطيها ، وهذا الذى نقرره هو ذات ماأقره المشرع الفرنسى بخصوص تعويض مضرورى حوادث السيارات حين نص فى المادة الثانية من قانون ٥ يوليو ١٩٨٥ على عدم جواز الإحتجاج فى مواجهة المضرور بالقوة القاهرة .[١]

---

(١) نص المشرع الفرنسى فى هذه المادة على عدم الإحتجاج فى مواجهة المضرور بفعل الغير أو بالقوة القاهرة . انظر آنفا هامش رقم ٢ ، ص ١٦٩ ، . ويمكن القول ـ كما يذهب البعض بحق V. Cantagrel : op. Cit., p. ـ أن هذا النص فى قانون ٥ يوليو ١٩٨٥ قد أحدث هزة عميقة فى القواعد التقليدية لأسباب الإعفاء من المسئولية ، هذا فى الوقت الذى أفسح فيه مجالا رحبا أمام المضرور للحصول على حقه فى التعويض .

الفصل الثانى

نطاق الخطر المؤمن عليه

٩٥- تمهيد وتقسيم :

بعد أن عرضنا للمشكلات التى تثيرها أركان المسئولية المدنية فى المجال الطبى ، نتناول حدود أو نطاق الخطر الذى يغطيه عقد التأمين من المسئولية الطبية ، حيث أن النشاط الطبى - كأى نشاط مهنى آخر - قد يتضمن صوراً يمكن تغطية المسئولية الناشئة عنها ، وأخرى لا تقبل شركات التأمين تغطية ما ينشأ عنها من مسئولية ، إما بصورة مطلقة وإما نظير أقساط مرتفعة .

بل يمكن القول إن النشاط الطبى على وجه الخصوص ، نظرا لجسامة الأضرار الجسدية التى يمكن أن تترتب عليه ، يخضع لتقدير دقيق من جانب المؤمنين تفادياً لتغطية المسئولية الناشئة عن بعض صوره ، والتى يتعذر تقدير نتائجها فى المستقبل المنظور ، لعدم ظهورها قبل سنوات طويلة ، وربما فى أجيال مقبلة .

من هنا كانت أهمية تحديد نطاق الخطر الذى يغطيه عقد التأمين من المسئولية الطبية ، ويقتضى ذلك - منا - أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص الأول للمخاطر التى يغطيها العقد ، بينما نتناول فى الثانى المخاطر المستبعدة من نطاقه .

المبحث الأول

المخاطر المغطاة

٩٦- تقسيم :

تنص المادة الأولى من العقد النموذجي لتأمين المسئولية المدنية للمهن الطبية والمعد بواسطة اتحاد المؤمنين الطبى فى فرنسا GAMM على أن العقد يغطى الآثار المالية المترتبة على تحقق المسئولية المدنية للطبيب المؤمن له ، وهو بصدد مباشرة أعمال مهنته ، نتيجة الضرر الذى أصاب المريض ، سواء كان نشاط الطبيب فى مرحلة التشخيص أو العلاج أو خلال إجراء عملية جراحية أو أثناء الإستشارة ، وبصفة عامة أثناء مزاولة الطبيب لنشاطه المهنى [٢] ، ويقتضى البحث فى هذه المسألة تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية :

المطلب الأول : أساس وطبيعة المسئولية محل الضمان .

المطلب الثانى : المسئولية عن فعل الغير وعن حوادث الآلات .

المطلب الثالث : تحديد النشاط الذى يشمله الضمان .

المطلب الأول
طبيعة وأساس المسئولية
محل الضمان

٩٧ – تقسيم :

يقتضى البحث فى هذا المطلب تقسيم الدراسة إلى فرعين ، نخصص الأول لدراسة طبيعة المسئولية الطبية ، ونتناول فى الثانى أساس هذه المسئولية .

---

(١) وهو اتحاد مؤلف من أكبر ثلاث شركات تأمين متخصصة فى تأمين المسئولية المدنية للأطباء ، وهى شركات Médi-assurances , Mutuelle d'assurances du corps de santé français et Le sou médical وهو اتحاد يعرف باسم " Groupe des assurances mutulles médicales "

(2) Constant Eliashberg : " Responsabilité civile et assurances de responsabilité " 2e éd. 1993,p.275 ; Laurent Philibert : " Responsabilité civcile et assurance des chirurgiens dentises " 1984,p. 53 .

عبد الرشيد مأمون : " التأمين من المسئولية المدنية فى المجال الطبى " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ ، ص ٥٦ .

الفرع الأول
طبيعة المسئولية محل الضمان

٩٨- العقد يشمل المسئولية المدنية للطبيب سواء كانت عقدية أم تقصيرية :

منذ صدور حكم Mercier الشهير فى عام ١٩٣٦ والذى قرر وجود عقد حقيقى بين الطبيب والمريض ، وقد استقرت الطبيعة العقدية لمسئولية الطبيب [١] ، فلم يعد هناك محل للشك فى وجود عقد علاج بين الطبيب والمريض ، يفرض عليهما إلتزامات متبادلة ، فيلتزم الأول بتقديم العلاج الملائم للمريض وفقاً للأصول والقواعد العلمية ، ويلتزم الثانى بدفع الأجر المتفق عليه [٢] ، بما يمكن معه القول بأن الأصل فى طبيعة المسئولية الطبية هو الطبيعة العقدية . [٣]

ويلزم – بداهة – لإثارة تلك المسئولية العقدية أن نكون بصدد عقد صحيح وقائم بين الطبيب والمريض ، وأن يقع الضرر الذى يصيب المريض نتيجة الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن هذا العقد من جانب الطبيب . [٤]

---

(1) Cass. civ. 20 mai 1936,D.1936,I,p.88 " Il se forme entre le médcin et son client un véritable contrat ... et la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature , également contractuelle " ; R. Saury : " Le contrat médical : les aspects juridiques du collque singulier entre le médcin et le malade " , R.F. D.C. 1996,II,p.117 .

(٢) عبد الرشيد مأمون : " عقد العلاج بين النظرية والتطبيق " دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ ، ص ١٣ .

(3) L. Faivre : " droit du dommage corporel " 3e éd. 1996,p.645 .

(٤) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ١٢١ ، سهير منتصر : " المسئولية المدنية عن التجارب الطبية " دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص ٦٦ .

وضمان المؤمن للمسئولية العقدية للطبيب قد يكون مطلقا بحيث يغطى تلك المسئولية متى تحققت ،ايا كانت جسامة الأخطاء التى تقع من هذا الأخير - مع الأخذ فى الإعتبار عدم جواز التأمين من الخطأ العمدى - ، وهو فرض يندر وقوعه عملا ، وقد يكون مقيدا بحيث لا يلتزم المؤمن بتغطية الأضرار الناشئة عن الخطأ الجسيم من جانب المؤمن له- الطبيب - ، إذ على الرغم من جواز التأمين من الخطأ الجسيم للمؤمن له [1]، على أساس انتفاء القصد فيه [2] ، إلا أن المؤمن يستطيع أن يقيد ضمانه لمسئولية المؤمن له - الطبيب - باستبعاد مثل هذا الخطأ من الضمان ، أو أن يضمن بعض الأخطاء الجسيمة دون البعض الآخر .

وإذا كان الأصل أن المسئولية الطبية ذات طبيعة عقدية ، إلا أنها ليست كذلك فى جميع الحالات ، حيث يمكن أن تكون تقصيرية فى العديد من الفروض ، حيث لا يتصور وجود عقد [3] ، لتخلف رضاء المريض [4] ، كأن يتدخل الطبيب من تلقاء نفسه لإنقاذ جريح ، وقد تقوم تلك المسئولية فى فرض آخر حين يمتنع الطبيب بغير مبرر مشروع عن

---

(١) حيث أجاز المشرع سواء فى فرنسا (م ١١٣ / ١ من قانون التأمين) أو فى مصر (م ٧٦٨ / ١ من التقنين المدنى) التأمين من خطأ المؤمن له ما لم يكن متعمدا ، وقد عبر المشرع المصرى عن ذلك بقوله " يكون المؤمن مسئولا عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد ... " .

والذى يستفاد من ذلك أن المشرع لم يفرق فى جواز التأمين من الخطأ غير العمدى بين كون الخطأ يسيرا أو جسيما .

(٢) ويؤسس الفقه جواز التأمين من الخطأ الجسيم على أساس عدم جواز معاملته ذات معاملة الغش فى مجال الإعفاء من المسئولية المدنية ، حيث تقرر المادة ٢١٧ من القانون المدنى المصرى أنه " يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذه إلتزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه وعن خطئه الجسيم " ، حيث يفترق الإعفاء من المسئولية عن التأمين من المسئولية ، فى أن الأول يهدف إلغاء المسئولية تماما ، بينما يدعم الثانى من ضمان المضرور حيث يقدم له مدينين ، المسئول — الطبيب — والمؤمن الذى يستطيع المضرور — المريض — الرجوع عليه مباشرة عن طريق الدعوى غير المباشرة .

Picard et Besson : op. cit. no.68,p.115 et s. .

السنهورى : الوسيط جـ ٧ ، ص ١٢٢٣ ، عبد المنعم البدراوى : " التأمين " ، ١٩٨١ بدون ناشر ، رقم ٤٣ ، جلال إبراهيم : " التأمين . دراسة مقارنة بين القانون المصرى والقانونين الكويتى والفرنسى " دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، رقم ١٠٤ ص ١٦٧ وما بعدها ، حسام الدين الأهوانى : " المبادئ العامة للتأمين١٩٩٥ " ، ص ٥٠ ، أحمد شرف الدين : " أحكام التأمين فى القانون والقضاء . دراسة مقارنة " دار النهضة العربية ، ص ١٢٩ ، أبو زيد عبد الباقى : " المبادئ العامة للتأمين " ط ١ مكتبة أم القرى . الكويت ، ١٩٨٤ ، ص ١٢٦ .

(٣) عبد الراضى هاشم : المرجع السابق ، ص ٥٣ .

(4) L. Faivre : op. cit. no.629,p.720 .

إنقاذ مريض [1] ، وأخيرا فإن المسئولية قد تكون تقصيرية - على الرغم من وجود عقد بين الطبيب والمريض - إذا كان فعل الطبيب ينطوى على جريمة جنائية ، ويكون للمريض فى هذه الحالة الخيرة بين قواعد المسئولية العقدية وقواعد المسئولية التقصيرية ، وهذا الفرض تطبيق لما يذهب إليه بعض الفقه من جواز الخيرة l'option بين المسئوليتين إذا كون الإخلال بالإلتزام جريمة جنائية أو كان راجعا إلى غش المدين . [2]

غير أن هذا الفرض الأخير لا يسلم به - بحق - جانب آخر من الفقه [3] ، حيث لا يكون من المقبول أن يختلف مركز المدين - الطبيب - الذى انطوى فعله على جريمة جنائية ، عن المدين - الطبيب - الذى انتفت عن فعله تلك الجريمة ، فكلاهما أخل بالتزام عقدى ، ولا يمكن إسباغ طبيعتين مختلفتين عن فعل واحد ، فضلا عن أن فتح باب الخيرة أمام المضرور - المريض - من شأنه إهدار النصوص العقدية .

ولا شك فى ضرورة أن يغطى عقد التأمين من المسئولية الطبية شقى المسئولية

---

(١) محمد حسين منصور : " المسئولية الطبية " منشأة المعارف بالأسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ١٤١ .

(2) Savatier et Auby : " Traité de droit médical " 1965,no.251 .
وفى الفقه المصرى ، د .سليمان مرقص " المسئولية المدنية ، دروس فى القانون المدنى مع التعمق " ١٩٦١ ، رقم ٣٧ . وفى مؤلفه " الفعل الضار " ص ٢٤ وما بعدها حيث يقول بأن " المدين إذا ارتكب جريمة جنائية أو جريمة مدنية الغش ، فإنه يكون قد خرق بذلك نطاق العلاقة العقدية ، وعاد إلى حظيرة العلاقات التى ينظمها القانون دون إرادة الأفراد ، فيكون جزاء عدم وفائه بالتزامه التعاقدى تحقق مسئوليته العقدية ، وجزاء ما ارتكبه من غش فى الإخلال بهذا الإلتزام تحقق مسئوليته التقصيرية ، ومن ثم يكون للدائن الخيار بين المسئوليتين . " وقد أجازت محكمة النقض المصرية الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية إذا ما كان الفعل المرتكب من أحد الطرفين وترتب عليه إلحاق الضرر بالطرف الآخر يكون جريمة جنائية وهو ما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيسا على أن مرتكب هذا الفعل قد أخل بالتزام قانونى نقض ٢٧ يناير ١٩٨١ ، طعن رقم ٢٦٨ ، س ٤٧ قضائية .

(3) Mazeau et Tunc : " Traité théorique et pratique de la responsabilité civile " 6e éd. no. 202
وفى الفقه المصرى ، السنهورى : " الوجيز فى شرح القانون المدنى " ، جـ ١ ، ط ٢ ، ١٩٩٧ ، رقم ٣٢٠ ، هامش ص ٣١٥ ، والمراجع المشار إليها فيه ، محمود جمال الدين زكى : " مشكلات المسئولية المدنية " مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠ ، جـ ١ رقم ٢٥ وما بعدها .

المدنية للطبيب ، بحيث لا يقتصر على أحدهما دون الآخر [1] ، ولا تثور مشكلة فى حالة ما إذا نص العقد صراحة على أن الضمان يغطى المسئولية العقدية و المسئولية التقصيرية للطبيب المؤمن له على السواء .

وإنما تثور المشكلة فى حالة ما إذا كان نص العقد مرسلاً بأن يكون اتفاق طرفى العقد على ضمان " المسئولية المدنية للطبيب " دون تحديد نطاق تلك المسئولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أو كلاهما معا ، حيث يمكن أن يفسر ذلك على أكثر من وجه ، فقد يكون المقصود هو ضمان المسئولية المدنية بوجه عام سواء كانت عقدية أو تقصيرية ، وقد يكون المقصود ضمان أحدهما دون الآخر ، ولا شك فى أن ذلك يثير صعوبات عملية بين المؤمن وبين الطبيب المؤمن له .

والحقيقة أن هذه المشكلة قد أثارت الخلاف فى الفقه ، فذهب البعض إلى تعميم مفهوم المسئولية المدنية ، بحيث يشمل كلا من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية [2] ، ومن ثم يضمن المؤمن تلك المسئولية سواء وقع الضرر من إخلال المؤمن له بالتزام عقدى ، أو وقع بعيداً عن الإطار العقدى ، وبعبارة أخرى ، سواء تحققت المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية للمؤمن له ، فقد تحققت مسئوليته المدنية وبالتالى يقوم ضمان المؤمن . [3]

وتطبيقاً لهذا الرأى فى مجال التأمين من المسئولية الطبية ، فإن العقد إذا نص على أن المؤمن يغطى المسئولية المدنية للطبيب ، فإنه يلتزم بذلك سواء قامت مسئولية هذا الأخير العقدية أو التقصيرية ، حيث أن كلاهما يندرج تحت مفهوم المسئولية المدنية .

---

(1) L. Faivre : op. cit. no. 629,p.720 .
(2) Mazeaud et Tunc : op. cit. no. 98 et s.

(٣) إبراهيم الدسوقى : " التأمين من المسئولية " دار النهضة العربية ١٩٩٥ ، ص ٨١ .

وعلى خلاف ذلك ذهب البعض الآخر [1] ، إلى قصر مفهوم المسئولية المدنية على المسئولية التقصيرية أخذا بالأصل التاريخي للتفرقة بين مسئولية محدث الضرر فى مواجهة المضرور حيث يلتزم بالتعويض المدنى ، وهذا التعويض لا يقوم على أساس فكرة المسئولية المدنية ، وإنما باعتباره أثرا من آثار العقد ، وذلك على أساس أن تنفيذ العقد إما أن يكون عينيا ، أو بمقابل أى بطريق التعويض ، هذا من ناحية ، ومسئوليته تجاه المجتمع حيث يتحمل بالعقوبة عن جريمته ، من ناحية أخرى . [2]

وتطبيقاً لهذا الرأى فى مجال التأمين من المسئولية الطبية ، فإنه إذا اتفق على ضمان المؤمن للمسئولية المدنية للمؤمن له - الطبيب - دون تحديد ، فلا يضمن المؤمن مسئولية الطبيب إلا فى تلك الحالات التى يتخلف فيها رضاء المريض كحالات الضرورة مثلا .

ولا شك فى أن الإتجاه الثانى يحد بقدر كبير من ميزة الضمان التى يقدمها عقد التأمين من المسئولية ، خاصة فى المجال الطبى ، حيث تكون مسئولية الطبيب فى الغالب الأعم مسئولية عقدية ، ولذلك فإن العقد - إذا ما ورد تعبير " المسئولية المدنية " بغير تحديد - يجب أن يشمل نوعى المسئولية ، حيث أن القول بذلك أدعى إلى تدعيم ضمان الطبيب المؤمن له ، وأدنى إلى تأكيد حق المضرور - المريض - فى مواجهة المؤمن .

---

(١) مشار إليه عند مازو وتنك ، المرجع السابق ، رقم ١٠١ .

(٢) إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ، ص ٨٢ .

الفرع الثانى
أساس المسئولية محل الضمان

٩٩- اتجاهات الفقه فى تحديد أساس المسئولية فى ضوء نظام التأمين من المسئولية :

يثور التساؤل عن مدى إمكانية أن يغطى عقد التأمين المسئولية الطبية بدون خطأ إلى جانب المسئولية القائمة على الخطأ .

وقد كان هذا التساؤل أحد نقاط البحث التى اضطلعت بها اللجنة التى شكلتها " الجمعية الطبية العالمية " (١) ، فى عام ١٩٧٠ ، حيث بحثت إمكانية قيام نظام لتأمين المخاطر بعيداً عن أى خطأ ، وقد انتهت إلى رفض تقرير المسئولية الطبية بدون خطأ ، مستندة فى ذلك إلى أن الطبيب يقدم العناية إلى المرضى مطبقاً المعطيات العلمية ، فلا يكون من المتصور أن يكون مسئولا بصفة شخصية عن عدم فعالية العلاج ، ولا عن الآثار الجانبية أو المخاطر التى تقع ، حين لا يكون هناك أى خطأ يمكن أن ينسب إليه . (٢)

ويمكن القول أن هذا الرأى الذى انتهت إليه اللجنة لم يقف عند حد القول بعدم إمكانية التأمين من المسئولية الطبية بدون خطأ ، وإنما استبعد - أصلاً - قيام تلك المسئولية ، ملتزما جانب الإخلاص للمسئولية الخطئية .

والحقيقة أن هذا الرأى يتجاهل الحالات التى تتحقق فيها المسئولية بدون خطأ ، خاصة وأن انتشار وتطور نظام تأمين المسئولية ، قد أدى إلى التقليل من شأن أهم عنصر من عناصر المسئولية المدنية وهو عنصر الخطأ ، إما بالإعفاء من عبء إثباته وافتراضه بما

---

(1) L'Association Médicale Mondiale .
(2) R. Jodin : " Importance et limites de la responsabilité médicale " con. méd. , 19 sep. 1970,p.6863 .

لا يقبل إثبات العكس ، إلا إذا توافر السبب الأجنبى ، وإما بالدعوة إلى الإستغناء عنه تماماً ، وإقامة مسئولية دون خطأ ، أى مسئولية موضوعية ، وهو نظام الضمان ومن السهل قبول هذا الأمر فى ظل نظام يضمن للمضرور الحصول على التعويض المناسب من شخص مقتدر، وهو شركة التأمين .(١)

وفى ضوء ذلك يمكن القول أن إبرام تأمين المسئولية الطبية فى حالات قيام تلك المسئولية دون خطأ من جانب الطبيب ، يبدو أمراً لازماً . ويمكن التمثيل لذلك بالحساسية الشديدة لدى بعض المرضى من تناول عقاقير معينة ، والتى يترتب عليها أضرار جسمانية جسيمة فور تناول تلك العقاقير، صحيح أنه يجب على الطبيب أن يتأكد من وجود تلك الحساسية ، وإجراء الفحوص السابقة اللازمة لذلك ، إلا أن تلك الفحوص قد لا تسعفه فى الوقوف على حقيقة حالة المريض ، وبالتالى يظل هذا الأخير فى دائرة الخطر، وعلى الرغم من ندرة هذا الإحتمال إلا أنه غير مستبعد .(٢)

وعلى خلاف ما انتهى إليه الإتجاه الأول ، ذهب الأستاذ Tunc فى الإقتراح الذى قدمة تحت اسم (التأمين من كل المخاطر الطبية) إلى ضرورة أن يغطى عقد التأمين من المسئولية مسئولية الطبيب بدون خطأ ، وقد استهل فكرته قائلاً إن الوضع الحالى فى ظل المسئولية القائمة على الخطأ ينحاز إلى جانب الأطباء على حساب المرضى ، فهو يعطى للطبيب وعلى العكس من ذلك يأخذ من المريض ، ويكمل قائلاً أنه من الممكن التغلب على تلك المشكلة بتجاوز المسئولية القائمة على الخطأ عن طريق التحول إلى نظام آخر بأن يبرم الأطباء تأميناً يغطى كل النتائج غير العادية التى تنشأ عن العلاج أو التدخل الجراحى .
(٣)

---

(١) محسن البيه : "حقيقة أزمة المسئولية المدنية ودور تأمين المسئولية " مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٣ ، ص ٨١ .

(2) Henri Anryi : " La responsabilité civile médicale " 1974,p.319 et s.

(3) A. Tunc : " L'assurance tous risques médicaux " op. cit. p.172 et s.

وهو لا يقصر التعويض عن المخاطر الطبية عن طريق التأمين فحسب ، وإنما يرى أن من الممكن تحقيق ذلك عن طريق نظام الضمان الجماعى وراجع فى عرض هذا الرأى : عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٥١ وما بعدها .

وفى ذات الإتجاه يؤكد البعض أن التأمين من المسئولية الطبية يجب ألا يقتصر على تغطية المسئولية القائمة على الخطأ فحسب ، وإنما كذلك تلك التى تقوم بدون خطأ [١] . فوضع المخاطر كلها على عاتق شركة التأمين أمر حرى بالتأييد ، لأنه يؤدى إلى تعويض ، الضرر [٢] ، غير أن البعض من أنصار هذا الإتجاه قد ذهب إلى حد أبعد من هذا حين قرر ضرورة العزوف عن ربط الخطأ بالتعويض عن الضرر . [٣]

والحقيقة أنه على الرغم من ضرورة الأخذ بتأمين المسئولية الطبية دون خطأ، إلا أن ذلك لايعنى - كما يذهب البعض من أنصار هذا الرأى - الإستغناء عن الخطأ كلية والبحث عن معيار آخر بعيداً عنه [٤] ، لما ينطوى عليه ذلك من مجافاة للقواعد المستقرة فى المسئولية ، وتجاوز لكافة الحدود . [٥]

وبين الرأيين السابقين يأتى رأى العميد : Savatier ليقف موقفا وسطا بينهما [٦] ، فعلى الرغم من أنه أكد على ضرورة الإعتراف بالمكانة التى احتلتها نظرية المخاطر La théorie du risque فى القانون الفرنسى ، وهو مالا يمكن تجاهله ، لما تحققه هذه النظرية من عدالة فى إصلاح الضرر فى الحال - وهو ما لايطمح المضرور ولا الرأى العام إلى أكثر منه - إلا أنه يذهب إلى أن هذه النظرية لا يمكن أن تلعب إلا دوراً مكملاً لنظرية الخطأ . [٧]

---

(1) L. Faivre : op. cit. p.720 .
(2) Esmein (P) : " la faute et sa place dans la responsabilité civile " R.T.D.C. ,1949,p.481 et s.
(3) Blavoet : " nouvelle orientation de notre système de responsabilité civile " D. 1966, chr. ,p.113 .
(4) Finon : op. cit. 159 .
(٥) عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ، ص ٣٥ .
(6) Savatier : " Traité de responsabilité civile " 1951,no.279, p. 253 .
(٧) وتعبيراً عن عدم كفاية نظرية المخاطر إلا للقيام بدور تكميلى للخطأ يقول سافتييه :
" Ce raisonnement ne nous semble pas définitif car nous ne donnons à la responsabilité fondée sur le risque qu'un rôle subsidiaire " .

يمكن القول إذاً بأن Savatier قد أخذ بنظرية مختلطة une théorie mixte ، ووفقاً لهذا النظر يكون الأصل أن يغطى عقد التأمين المسئولية المدنية للطبيب القائمة على الخطأ ، مع إمكانية أن يغطى - إضافة إلى ذلك - تلك التى تتحقق دون خطأ ، وذلك فى الأحوال التى لا يمكن أن يعزى فيها الضرر الذى يصيب المريض إلى خطأ الطبيب .

ولا شك فى أن إدراج المسئولية بدون خطأ تحت ضمان المؤمن من شأنه أن يؤثر بالزيادة - حتماً - على قيمة الأقساط التى يلتزم بها الطبيب المؤمن له ، وبطبيعة الحال لن يكون هذا الأخير هو المتحمل النهائى لتلك الزيادة ، وإنما المريض .

وغنى عن البيان ، أن ضمان المؤمن للمسئولية الطبية بدون خطأ لا يعنى التحول بالتزام الطبيب من كونه التزاما بعناية إلى أن يكون إلتزاماً بنتيجة ، فتلك المسئولية إستثناء على الأصل ، وقد طبق القضاء هذه المسئولية كاستثناء على التزام الطبيب بعناية ، وذلك فى العديد من الحالات ، ومن أمثلتها ، حالة الأضرار الناتجة عن استخدام أدوات معيبة ، كالمشرط الإلكترونى الذى ينجم عنه إنفجار [1] ، وكذلك الأضرار الناتجة عن توريد جهاز جراحى معيب . [2]

وبالإضافة إلى تلك الأمثلة القضائية ، فقد أخذ المشرع الفرنسى بالتأمين الإجبارى من المسئولية فى بعض المجالات الطبية التى أخذ فيها - استثناءً على الأصل العام - بالمسئولية بدون خطأ ، والتى تقوم على فكرة الإلتزام بنتيجة (نقل الدم بموجب لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ ، التجارب الطبية بموجب قانون ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨) . [3]

---

(1) Cass. civ. 1re 28 juin 1960 - JCP, 1960,II, 11787 note Savatier .
(2) Cass. civ. 1re 29 oct. 1985 - D. 1986 , p.417, note Penneau .
(٣) وهذا التنظيم التشريعى للتأمين من المسئولية فى مجالى نقل الدم والتجارب الطبية هو محل دراستنا فى الباب الأول من القسم الثانى لهـــذه الدراسة .

المطلب الثانى
المسئولية عن فعل الغير وحوادث الآلات

١٠٠- أولاً : المسئولية عن فعل الغير:

يشمل العقد الأخطاء التى تقع من تابعى الطبيب المؤمن له ، وكذلك البديل الذى يحل محله فى ممارسة النشاط الطبى .

١٠١- (أ) العقد يغطى الأخطاء التى تقع بفعل تابعى الطبيب المؤمن له :

وهؤلاء هم الذين يسأل الطبيب مدنيا عن أخطائهم وفقاً للأحكام العامة التى تنظم مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه (١) ، وقد نصت المادة ١٢١ / ٣ من قانون التأمين الفرنسى على أنه " يضمن المؤمن الخسائر والأضرار التى تقع بواسطة الأشخاص الذين يسأل عنهم المؤمن له مدنياً ، وفقاً للمادة ١٣٨٤ من التقنين المدنى ، اياً كانت طبيعة أخطائهم وجسامتها " ، وفى ذات المعنى جرى نص المادة ٧٦٩ من التقنين المدنى المصرى بأنه " يسأل المؤمن عن الأضرار التى تسبب فيها الأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولاً عنهم ، مهما يكون نوع خطئهم ومداه " .

وقد نصت على هذا الضمان كذلك الفقرة الأولى من المادة الثانية من عقد تأمين اتحاد المؤمنين الطبى فى فرنسا GAMM ، ولا يلزم فيمن تتوافر فيه صفة التابع للطبيب المؤمن له - حتى يشمل الضمان نتائج أفعاله - أن يكون عمله لقاء أجر، إذ من الممكن أن يكون متطوعا (٢) ، إذ مدار ذلك أن هؤلاء - سواء عملوا لقاء أجر أم لا - إنما يقومون

---

(١) حيث تنص على ذلك الفقرة الأولى من نص المادة ١٧٤ من التقنين المدنى المصرى بقولها " يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها " .

(2) A. Herande : " L'assurance responsabilité civile professionnelle des professions libérales et prestataires de services " 1983, p.78 .

بأعمالهم تحت الرقابة المباشرة والفعلية للطبيب المؤمن له [1] ، كما لا يلزم لإعمال هذا الضمان النص عليه صراحة ، حيث أنه يتم بشكل تلقائى [2] ، وأساس هذا الضمان التلقائى أن المشرع سواء فى فرنسا (م ١٢١ / ٢ من قانون التأمين) أو فى مصر (م ٧٦٩ مدنى) قد أورد حكماً عاماً لإعمال الضمان دون حاجة إلى نص خاص . [3]

وعلى الرغم من هذا الضمان التلقائى إلا أن المؤمن عادة ما يشترط النص عليه صراحة فى العقد بهدف زيادة القسط الذى يتضاعف كلما زاد عدد المساعدين والمرضين ، وهو ما قد يحدث فى الحالات التى يمتلك فيها الطبيب المؤمن له عيادة أو مستشفى . [4]

وفى هذا البند الخاص يلزم تحديد عدد مساعدى الطبيب المؤمن له وطبيعة دور كل منهم ، ولاتثور مشكلة بخصوص هذا التحديد إذا كان الطبيب يمارس نشاطه فى عيادة خاصة ، حيث يسهل إجراء هذا التحديد ، إنما تثور هذه المشكلة بصدد أطباء المستشفيات ، حيث يصعب تحديد عدد تابعى أو مساعدى الطبيب المؤمن له ، إذ أنهم فى تغير مستمر ، ويمثلون " هيئة قابلة للتغيير والتبديل " un corps interchangeable ، ولا سبيل أمام المؤمن فى هذه الحالة سوى أن يلجأ إلى التقدير الجزافى . [5]

---

(1) J. Penneau : " la réforme de la responsabilité médicale ... " op. cit. p.536 .

(٢) محمد عبد الظاهر : " التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية المهنية ـــ دراسة تطبيقية على بعض العقود " دار النهضة العربية ١٩٩٤ ، ص ٩٦ .

(٣) فعلى الرغم من أن النص الوارد فى التقنين المدنى المصرى كان بخصوص التأمين من الحريق ، إلا أنه قصد منه أن يكون من بين القواعد العامة للتأمين من الأضرار ، فيشمل بذلك التأمين على الأشياء والتأمين من المسئولية . انظر : جلال إبراهيم ، المرجع السابق ص ١٨٨ ، حسام الأهوانى ص ٥٢ ، أحمد شرف الدين ص ١٩٥ ، محمد إبراهيم الدسوقى ص ١٠٣ .

(4) De l'sle Briere : " L'assurance de responsabilité des professions de santé " JCP, 1981,I,3003 .

(٥) وتجرى عبارة البند الخاص بالتقدير الجزافى لمساعدى الطبيب المؤمن له على النحو التالى :

" La compagnie couvre la responsabilité que le médecin encoure tant dans l'exercice de sa profession en clintèle privée que dans son service d'hôpital, et elle le garantie contre les conséquences de toutes les actions basées sur fait personnel et sur celui des différentes personnes qu'il dirige ou emploi " .

راجع فى ذلك :

P. R. Baglin : " Le risque professionnel médical et sa garantie " th. Paris, 1931, p. 126 .

ويثور التساؤل عن نطاق ضمان المؤمن لأفعال تابعى الطبيب المؤمن له ، ويتعلق تحديد هذا النطاق بمسألتين ، الأولى مدى جواز استبعاد بعض أخطاء تابعى الطبيب المؤمن له من الضمان ، والثانية مدى جواز استبعاد أخطاء بعض تابعى الطبيب المؤمن له .

وقبل التعرض لهاتين المسألتين يجدر التنويه إلى أن هذا التساؤل يرتبط بالقوة الآمرة للمادتين ١٢١ / ٢ من قانون التأمين الفرنسى ، و ٧٦٩ من التقنين المدنى المصرى .

فالنص الفرنسى يستمد تلك القوة الآمرة من سندين ، الأول هو نص المادة الثانية من ذات القانون التى حددت على سبيل الحصر نصوص قانون التأمين التى يجوز للأطراف الإتفاق على تعديل أحكامها ، ولم يرد من بين هذه النصوص نص المادة ١٢١ / ٢ [١] ، والثانى استنبطه الفقه الفرنسى [٢] ، من إغفال المشرع النص فى هذه المادة على استبعاد أخطاء تابعى المؤمن له من الضمان ، على خلاف ما فعل فيما يتعلق بالأخطاء غير العمدية للمؤمن له حيث نص صراحة فى المادة على جواز استبعادها ، مما يفيد عدم انصراف قصد المشرع إلى إجازة مثل هذا الإستبعاد لأخطاء تابعى المؤمن له ، وبالتالى يكون النص آمراً لا تجوز مخالفته . وهذه القوة الآمرة للنص أكدتها محكمة النقض الفرنسية كذلك . [٣]

وأما النص المصرى ، فقد تقررت قوته الآمرة فى ضوء نص المادة ٧٥٣ من التقنين المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه " يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة فى هذا ال فصل - ويقصد به الفصل الثالث من الباب الرابع من التقنين المدنى والمخصص لعقد التأمين - إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد " ، ولما كانت

---

(١) جلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٩٧ .

(2) Picard et Besson : op. cit. no.188,p.305 .

(3) Cass. civ. 1re oct. 1986 , RGAT,1987,p.128,obs.Bout .

المادة ٧٦٩ تقع فى الفصل المشار إليه ، فإنها تكون من الأحكام الآمرة التى لايجوز الخروج عليها .[١]

١٠٢- نطاق ضمان المؤمن لأفعال تابعى الطبيب المؤمن له :

المسألة الأولى : مدى جواز استبعاد بعض أخطاء تابعى الطبيب المؤمن له (نطاق الضمان من حيث الأفعال) :

استقر الفقه سواء فى فرنسا[٢] ، أو فى مصر[٣] ، على أنه لا يجوز للمؤمن أن يستبعد " بعض " أخطاء تابعى المؤمن له من الضمان اياً كانت جسامتها ، فالتأمين يغطى "جميع " الأخطاء التى يمكن أن تصدرعن هؤلاء سواء كانت بسيطة أو جسيمة أو غير مغتفرة أوحتى عمدية .

وبناءً على ذلك ، فإن الضمان يشمل " جميع " أخطاء تابعى الطبيب المؤمن له ولو كانت عمدية[٤] ، لأنها لا تتعلق بإرادة هذا الأخير ، فهى لا تزال احتمالية بالنسبة له[٥] ، ولا تحول علاقة التبعية دون وقوع تلك الأخطاء بإرادة تابعيه .[٦]

---

(١) البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ ، حلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ ، إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ، ص ١١٠.

(2) Picard et Besson : op. cit., no. 189, p. 306 ; De l'sle Briere : " droit d'assurances " 1973,p.62 .

(٣) حلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠ ، الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٥٤ .

(٤) يذهب جانب من الفقه إلى أن مسئولية المؤمن عن النتائج الضارة للأخطاء العمدية للغير المسئول عنهم المؤمن مدنيا لا تعتبر — على خلاف ما يذهب إليه أغلب الفقه المصرى — استثناء من مبدأ عدم جواز التأمين من الخطأ العمدى أو التدليس للمؤمن له ، ويبنى رأيه على إعتبارين : الأول هو أن خطأ الغير ، وبوجه خاص خطأ الأشخاص المسئول عنهم المؤمن له مدنيا ، يشكل نوعا من الخطر ، وإذا كان خطأ هؤلاء الأشخاص ليس من قبيل الحالة الفجائية — كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الذين لا يسأل عنهم المؤمن له — لأن المؤمن له يقع عليه نحوهم عبء الرقابة ، ويستطيع بالتالى أن يتخذ بعض الإحتياطات التى تمنعهم من إحداث الضرر ، إلا أن مثل هذه الأضرار إن وقعت ، فلن ترجع — فى حقيقة الأمر — إلى محض إرادة المؤمن له ، والثانى — أى الإعتبار الثانى — هو أن خطأ الغير المسئول المؤمن له عنهم مدنيا ، ولو كان عمديا ، فلن تكون له هذه الصفة فى مواجهة المؤمن ، إذ لا يمكن أن يرقى إلى مرتبة الغش الصادر من المؤمن له شخصيا (انظر محسن البيه : " التأمين من الأخطار الناشئة عن خطأ المؤمن له فى القوانين الفرنسى والمصرى والكويتى " مجلة المحامى الكويتية ، س ١٠ يناير / فبراير / مارس ١٩٨٧ ، ص ٢٢٤ وما بعدها) .

(5) A. Herande : op. cit., p.79 .

(٦) أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ١٢٨ ، الأهوانى : المرجع السابق ، ص ٥٢ ، محسن البيه : المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

على أنه يلاحظ ، أن الضمان لا يشمل إلا أعمال تابعى الطبيب المؤمن له الداخلة فى نشاطهم المهنى المأذون لهم قانونا بممارسته ، والذى يجب أن يكون محددا فى عقد التأمين .[1]

المسألة الثانية : مدى جواز استبعاد أخطاء بعض تابعى الطبيب المؤمن له (نطاق الضمان من حيث الأشخاص) :

فى حين ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عدم جواز الإتفاق على استبعاد أفعال بعض تابعى المؤمن له أو جميعهم من نطاق الضمان على أساس القوة الآمرة للمادة ١٢١ / ٢ من قانون التأمين الفرنسى [٢] ، ذهب الفقه سواء فى فرنسا [٣] ، أو فى مصر [٤] - بحق - إلى أن عموم اللفظ فى المادتين ١٢١ / ٢ تأمين فرنسى ، ٧٦٩ مدنى مصرى لا يفيد امتداد الضمان حتماً إلى كل شخص يسأل المؤمن له عنه مدنياً ، وإنما يمتد هذا الضمان إلى من يتفق فى عقد التأمين على دخول فعله فى نطاق هذا العقد .

ويضيف الفقه حجة أخرى مقبولة ، مؤداها أنه ليس من المنطقى - خارج نطاق حالات التأمين الإجبارى - أن نضع على عاتق من يقبل ضمان المسئولية الشخصية للمؤمن له عبء مسئولية كافة الأشخاص الذين يكون هذا الأخير مسئولاً مدنياً عنهم ، فمثل هذا القول يؤدى إلى أن يصبح تأمين أفعال هؤلاء الأشخاص تأميناً إجبارياً ، وهو ما لم يقصده المشرع ، فهذا الأخير حين يتحدث عن المسئولية عن فعل الأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولاً عنهم ، لا يجب أن يفهم هذا على أنه يتعلق بجميع الأشخاص ، بل يجب أن يقوم العقد بتحديد الأشخاص الذين يشملهم الضمان .[٥]

---

(1) A. Herand : op. cit. ,p.78 .
(2) Cass. civ. 5 juin 1956 ,RGAT 1956 ,p.176
(3) Picard et Besson : op. cit., no. 189, p.308 .

(٤) جلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٥) الأهوانى : المرجع السابق ، ص ٥٥ .

ولا شك فى اتفاق ذلك مع أحد المبادئ الهامة فى عقد التأمين ، وهو مبدأ حرية المتعاقدين فى تحديد الخطر المؤمن منه ، فمبدأ سلطان الإرادة يسمح للأفراد بتحديد موضوع ومحل العقد ، فلهم حرية تحديد الخطر محل التأمين ومدى الضمان . [1]

وتطبيقاً لذلك فى مجال التأمين من المسئولية الطبية ، يمكن الإتفاق فى عقد التأمين على استبعاد بعض تابعى الطبيب المؤمن له ، فيستطيع المؤمن مثلاً ، أن يستبعد من الضمان نتائج أفعال بعض هؤلاء التابعين ممن لا يتوافر لديهم المؤهل أو الخبرة أو الكفاءة اللازمة لمد الضمان إليهم .

وجدير بالذكر أن المشرع الليبى قد نظم تأميناً إجبارياً من المسئولية الطبية [2] ، ليس فقط على القائمين بالمهن الطبية [3] ، وإنما كذلك على القائمين بالمهن المرتبطة بها [4] ، وهؤلاء هم التابعون ، ويبرم هذا التأمين لدى " هيئة التأمين الطبى " . [5]

ولذلك فإنه إذا كان الضرر الذى أصاب المريض راجعا إلى فعل أحد تابعى الطبيب ، فإن تغطية هذا الضرر تتم عن طريق عقد التأمين المبرم بواسطة هذا الشخص ، دون حاجة

---

(١) المرجع السابق ، ص ٥٣ .

(٢) حيث تنص المادة ٣١ من قانون المسئولية الطبية رقم ١٧ / ١٩٨٦ على أن " تنشأ هيئة تسمى (هيئة التأمين الطبى) ، تكون لها الشخصية الإعتبارية ، يلتزم الأشخاص القائمون بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها بالتأمين لديها عن مخاطر ممارستهم لتلك المهن " .

(٣) وقد حددت المقصود بتلك المهن المادة ١٠٩ من القانون الصحى رقم ١٠٦ / ١٩٧٣ ، بقولها " يقصد بالمهن الطبية ، فى تطبيق أحكام هذا القانون ، مهنة الطب ، ومهنة طب الأسنان ، ومهنة الصيدلة ، ومهنة الأبحاث والفحوصات المعملية (الكيمياء الطبية والبكترولوجيا والبثالوجيا وأية مهنة أخرى تضاف إلى هذه المهن بقرار من وزير الصحة " .

(٤) وهى كما حددها المادة ١٢٣ من القانون الصحى بقولها " تعتبر مهنة مرتبطة بمهنة الطب القيام بعمل من الأعمال الفنية التى يؤديها الأشخاص المؤهلون تأهيلا خاصا فيما تعتبر أعمالا مساعدة للأطباء والصيادلة وأطباء الأسنان أثناء مزاولتهم مهامهم وتحت إشرافهم ورقابتهم ، كالممرضات والقابلات وفنيى المختبرات وفنيى الإشعة وفنيى العلاج الطبيعى ومساعدى الصيادلة وفنيى الأسنان وصانعيها وفنيى النظارات الطبية والفنيين الصحيين والمفتشين الصحيين وغير هؤلاء ممن ترتبط مهنهم أو تتصل بالمهن الطبية ممن يصدر بتحديدهم قرار من وزير الصحة " .

(٥) وجدير بالذكر أن القانون الصحى رقم ١٠٦ / ١٩٧٣ قد ربط بين الترخيص بمزاولة هذه المهن وبين إبرام عقد التأمين من المسئولية ، حيث جعل هذا الأخير شرطا لمزاولة تلك المهن (انظر : سعد العسبلى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٩) ، وقد نصت على ذلك المادة ٢٦ من هذا القانون بقولها " لا يجوز مزاولة أى من المهن المشار إليها فى المادة ١٢٣ من هذا القانون إلا بعد حصول القائم بها على وثيقة تأمين صادرة وفقاً لأحكام هذا القانون " .

إلى إثارة الضمان الناشئ عن عقد التأمين المبرم بواسطة الطبيب ، وهو ما يمكن معه القول - فى ظل التأمين الإجبارى لتابعى الأطباء فى القانون الليبى - بعدم جواز الإتفاق على استبعاد بعض تابعى الطبيب المؤمن له من الضمان .

١٠٣ - [ب] العقد يغطى الأخطاء التى تقع من البديل Le remplaçant :

البديل هو من يحل محل الطبيب المؤمن له فى حالة غيابه [(١)] ، ولا شك فى أهمية الدور الذى يقوم به هذا البديل والذى يتمثل فى عدم توقف الرعاية والعناية اللازمتين لعلاج المريض عند غياب الطبيب المعالج .

وهذا الأخير يسأل عن الأخطاء المهنية التى تقع من البديل رغم أنه - أى البديل - لا يعتبر تابعاً له ، وإنما تقوم هذه المسئولية على أساس سوء إختياره له . [(٢)]

ويجب أن ينص صراحة فى عقد التأمين على أنه يضمن مسئولية البديل ، كما يجب أن يخطر الطبيب المؤمن له شركة التأمين بخطاب موصى عليه باسم الطبيب الذى سيحل محله، على أن يكون محدداً فيه المدة التى يحل فيها البديل محل الطبيب المؤمن له . [(٣)]

والغالب أن يسرى الضمان بالنسبة للبديل بذات الشروط الخاصة بالطبيب المؤمن له ، ومع ذلك قد يضع المؤمن شروطاً أو قيوداً على ضمان البديل ، وقد تتعلق هذه الشروط

(1) A. Herande : op. cit. , p.80 ; Laurent Philibert : op. cit. , p.53 .
(2) A. Herande : op. cit. , p.80 .

انظر كذلك : محمد عبد الظاهر ، المرجع السابق ، ص ٩٧ .

(٣) وقد نص على ضرورة هذا الإجراء الميثاق القومى للأطباء الذى جرت عبارته على النحو التالى :
" Il est ... recommandé au médecin qui se fait remplacer de faire inscrire dans sa police d'assurance une particulière couvrant le remplaçant éventuel, sous réserve que la compagnie ait été avertie à l'avance de la date et de la durée du remplacement . " Janine Ambialet : " Responsabilité du fait d'autrui en droit médical " 1965, p. 57 .

انظر كذلك : محمد عبد الظاهر : المرجع السابق ، ص ٩٧ .

بكفاءة البديل ، كأن يشترط حصوله على مؤهل معين ، أو أن تكون لديه خبرة كافية ، كما أنها قد تتعلق بالظروف أو الأحوال الجائز فيها قيام البديل محل الطبيب المؤمن له ، كأن يشترط المؤمن أن يكون غياب هذا الأخير فى الحالات المسموح له فيها بذلك قانوناً ، بمعنى أن يكون تغيبه بمسوغ قانونى ، وإلا فإن كان غيابه بالمخالفة لأحكام القانون فلا يمتد الضمان إلى أخطاء البديل الذى يحل محله . [١]

ويشترط – بداهة – فى البديل الذى يحل محل الطبيب المؤمن له أن يكون مأذوناً له قانوناً بمزاولة النشاط الذى يضطلع به . [٢]

وأثناء قيام البديل بعمله ، لا يجوز للطبيب المؤمن له أن يزاول نشاطه إلى جانبه ، وإنما يقتصر العمل على البديل وحده ، حيث يكون هذا الأخير هو المستفيد وحده من الضمان ، ومع ذلك يظل الطبيب المؤمن له محتفظا بالضمان بالنسبة للنشاط الطبى الذى يمارسه فى الحالة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ٦٣ من قانون العقوبات ، وهى حالة الضرورة ، والمتعلقة بالإلتزام بمساعدة الأشخاص الذين يكونون فى حالة خطر . [٣]

ولا يحق للبديل أن يبرم عقد تأمين من مسئوليته عن ذات الخطر الذى يغطيه عقد تأمين المسئولية المبرم بواسطة الطبيب المؤمن له [٤] . وقد قضى ، تطبيقاً لذلك ، برفض الطعن فى حكم الإستئناف الذى قضى ببطلان عقد التأمين من المسئولية المبرم بواسطة البديل . [٥]

---

(1) A. Herande : op. cit. , p.80 et s.
(2) Constant Eliashberg : op. cit. , p.275 .
(3) Laurent Pilibert : op. cit. , p.53 .
وقد نصت على ذلك ايضاً الفقرة الثانية من المادة الثانية من عقد تأمين اتحاد المؤمنين الطبى .
(٤) الفقرة الثانية من المادة الثانية من عقد تأمين اتحاد المؤمنين الطبى GAMM .
(5) Un arrêt non publié , 1re civ. 16 avr. 1991, D.1993,som.com. ,p.29 .

كما قضى [1] ، بالتعويض على سبيل التضامم Solidum بين الطبيب المؤمن له والبديل الذى ارتكب خطأ أثناء استخدامه لجهاز الاشعه مما ترتب عليه وقوع اضرار للمريض وقد تأسس هذا الحكم على تحقق الخطأ من كلا الطبيبن ، فالطبيب المؤمن له أساء إختيار البديل حيث كان هذا الأخير غير مستوف للشروط اللازم توافرها للقيام بمثل هذا العمل ، إذ كان لا يزال طالبا ، فضلا عن أن جهاز الاشعه المستخدم ، - حسب ما جاء فى تقرير الخبير - ، كان من القدم بحيث كان ينبغى على الطبيب المؤمن له أن يرشد البديل - الذى لم يعتد العمل على مثل هذا الجهاز - إلى الإستخدام الأمثل له ، أما مسئولية البديل فكانت لقبوله القيام بهذا العمل رغم علمه بعدم جواز ذلك بالنسبة له .

وبالإضافة إلى البديل يمكن أن يغطى العقد الأخطاء التى يرتكبها الأشخاص الذين لا يزالون يتلقون تدريبهم على مزاولة الطب les stagiaires تحت إشراف الطبيب المؤمن له [2] ، ومثال هؤلاء أطباء الإمتياز، إذ يمكن أن يتضمن عقد التأمين من المسئولية المبرم بواسطة الطبيب المؤمن له شرطاً بامتداد الضمان إلى هؤلاء .

١٠٤ - ثانياً : المسئولية عن حوادث الآلات والأجهزة المستخدمة فى النشاط الطبى للطبيب المؤمن له :

ينبغى التأكيد بداية على أن مسئولية الطبيب عن هذه الأدوات لا تقوم على أساس المسئولية التقصيرية التى تنظمها المادة ١٧٨ من التقنين المدنى المصرى أو المادة ١٣٨٤ / ١ من القانون المدنى الفرنسى ، وإنما تقوم هذه المسئولية على أساس المسئولية العقدية ، وذلك متى كانت العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية .

---

(1) Cou. d'app. de Paris 1re, 1re juill. 1992 , JCP,7 oct. 1992,2591 ; D.1993,som. com. ,p.28 .
(2) A. Herande : op. cit. , p.81 ; Finon : op. cit. , p.205 .
انظر كذلك : عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٥٦ .

ويترتب على ذلك أن هذه المسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات وليس على خطأ مفترض ، إذ أن هذا الأخير لا يكون له محل حيث توجد العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض [١] ، فضلا عن أن مبدأ جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، يمنع من تطبيق قرينة الخطأ عن فعل الأشياء غير الحية ، ومن ثم يجب على هذا الأخير أن يثبت خطأ الطبيب ، كأن يبرهن على أن الطبيب قد استخدم جهازا لا يصح استخدامه في مثل حالته ، أو أنه قد أهمل في استخدام هذا الجهاز ، أو أنه قد استخدم جهازاً تالفاً . [٢]

ويضمن المؤمن الأضرار الناشئة عن تلك الأجهزة سواء كانت ناشئة عن الخطأ الشخصى للطبيب المؤمن له [٣] ، أو عن الفعل الشخصى لأحد تابعيه ، أو البديل .

على أنه يلزم النص فى العقد صراحة على أن ضمان المؤمن لمسئولية الطبيب المؤمن له يشمل مسئوليته عن النتائج الضارة لاستخدامه الأدوات والأجهزة فى مباشرته لعمله ، ويعرف هذا الشرط " بشرط استخدام الأجهزة la clause d'usage d'appariel " ، كما يلزم تحديد تلك الأجهزة فى ثنايا هذا الشرط بحيث يتحدد على نحو دقيق مدى إلتزام المؤمن بتغطية مسئولية الطبيب عن استخدام هذه الأجهزة . [٤]

وتجدر الإشارة ، أخيراً ، إلى أنه من المتصور ألا يقبل المؤمن تغطية الأضرار التى يمكن أن تنشأ عن بعض الأجهزة ، كأجهزة الأشعة التى تنجم عنها أضرار بالغة ، وقد يقبل المؤمن تغطية تلك الأضرار نظير أقساط مرتفعة .

---

(١) السنهورى : الوجيز ، سابق الإشارة ، ص ٥٦ .

(٢) محسن البيه : " نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب " سابق الإشارة ، ص ٢٥٠ .

(3) Finon : op. cit. , p.205 .

انظر كذلك : عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٥٧ ، محمد عبد الظاهر : المرجع السابق ، ص ٩٦ .

(٤) وتجرى عبارة هذا الشرط على النحو التالى :

" La compagnie garantit le risque intrinsèque découlant de l'usage des instruments et du mobilier professionnels " .

راجع :

P. R. Baglin : op. cit., p. 89 .

المطلب الثالث

تحديد النشاط الذى يغطيه العقد

١٠٥ ــ الضمان لا يغطى إلا مسئولية الطبيب المؤمن له الناشئة عن النشاط المحدد فى العقد :

ينحصر الضمان فى نطاق النشاط الذى تحدده شروط العقد الخاصة ، غير أنه يستوى بعد ذلك أن يكون الطبيب المؤمن له قد مارس هذا النشاط فى عيادته الخاصة أو مستوصف أو لدى المريض أو فى مستشفى [١] ، حيث لا أثر لمكان مزاولة النشاط على الضمان ، إذ المعتبر هو عدم خروج الطبيب عن حدود النشاط المحدد بالعقد .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها صادر فى ٦ ديسمبر ١٩٩٤ [٢] ، على ذلك فى دعوى ترجع وقائعها إلى ٦ سبتمبر ١٩٨٧ ، حيث أجرى أخصائى أمراض الفم - المؤمن له - جراحة ختان لطفل حديث الولادة ، ترتب عليها حدوث نزيف لهذا الطفل ، فقام الطبيب بعمل بعض الإسعافات له ، ووعد والديه بالرجوع فى اليوم التالى للإطمئنان على حالته ، غير أنه لم يعد إلا بعد مضى ٣٦ ساعة ، كانت حالة الطفل خلالها قد تفاقمت حيث أصيب بالتهاب موضعى مزمن .

وعند الرجوع على المؤمن بالضمان ، نازع فيه ، وحين عرض الأمر على محكمة استئناف باريس قضت فى ١٢ فبراير ١٩٩٢ [٣] ، بتقرير مسئولية الطبيب المؤمن له ،

---

(1) Constant Eliashberg : op. cit. , p.275 ; Laurent Philibert : op. cit., p.54 .
(2) Cass. civ. 1re,6 déc. 1994 ,Bull. civ. 1994 ,no.363 .
(3) Cou. d'app. de Paris 12 fév.1992, JCP 7 oct. 1992 ,2592 .

واستبعاد ضمان المؤمن على أساس أن النشاط الذى يغطيه عقد التأمين المبرم مع الطبيب المؤمن له هو نشاطه المتعلق بأمراض الفم دون سواه ، وهو نشاطه المأذون له قانوناً بممارسته .

طعن الطبيب فى الحكم مستندا فى ذلك إلى دفعين أحدهما أصلى ، ويقوم على أساس أن قضاء محكمة الإستئناف بمسئوليته قد قام على محض الإفتراض لأنها استخلصت تلك المسئولية من مجرد عدم زيارته للطفل خلال ٣٦ ساعة من إجراء الجراحة دون أن تستند فى ذلك إلى أساس علمى ، وثانيهما احتياطى ومؤداه أنه - أى الطبيب - وإن لم يكن قد أبرم عقد التأمين من المسئولية بصفته جراحاً لعمليات الختان ، إلا أنه كان يجب عليه أن يتم العمل الذى بدأه بوصفه طبيباً ، وقد تجاهلت محكمة الإستئناف ذلك مخالفة نص المادة ٤٥٥ من قانون الإجراءات المدنية الجديد .

وفى فصلها فى هذا الطعن قضت محكمة النقض برفض الطعن وتأييد حكم محكمة الإستئناف ، وقررت فى حيثيات حكمها أنه " وحيث أن محكمة الإستئناف قد ذهبت إلى أن محل عقد التأمين المبرم بواسطة الطاعن ـ الطبيب المؤمن له - كان محددا بتخصصه فى الطب ـ أمراض الفم - ، وأنه - أى الطاعن - لم يعلن للمؤمن عن ممارسته لنشاط آخر إلا بعد تحقق الكارثة ، ولما كان هذا الأخير لا يدخل فى نطاق الضمان ، فإن الطعن بشقيه الأصلى والإحتياطى غير مقبول " .

كما قضى [١] ، بأن عقد التأمين من المسئولية المبرم بواسطة مستشفى عام يغطى الخطأ الشخصى الذى يرتكبه الطبيب على الرغم من أن العقد كان متضمنا شرطا يقضى باستبعاد الحوادث الطبية التى يترتب عليها قيام المسئولية الشخصية للممارسين التابعين للمستشفى من الضمان ، ما دامت تلك الحوادث تدخل ضمن الخطر المؤمن منه (وظائف ومهام المستشفى المؤمن له) ، وبالتالى تثير مسئوليته .

---

(1) Cass. civ. 1re 19 janv. 1994 , D.1994 , 18e cah. , somm. comm. , p.146, note H . Groutel

وكان مستشفى عام قد أبرم عقد تأمين من المسئولية وضمنه الشرط سابق الذكر ، وعلى أثر وفاة مريض بسبب ارتكاب خطأ جسيم من الطبيب التابع للمستشفى ، ومطالبة المستشفى بالتعويض من أقارب المتوفى ، رجع المستشفى على المؤمن بالضمان ، فدفع هذا الأخير بشرط استبعاد مسئولية الأطباء من الضمان - المدرج في العقد - وقد قضى في الإستئناف بأن " محل الضمان هو - فقط - المسئولية الناشئة عن الأخطاء المتصلة بوظائف أو مهام المستشفى دون تلك الراجعة إلى الأخطاء الشخصية التى ترتكب بواسطة الأطباء التابعين للمستشفى ، وذلك بمقتضى شرط استبعاد تلك الأجطاء الشخصية والمدرج في العقد " .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن محكمة الإستئناف قد خلطت بين " الخطأ الجسيم " الذى يشكل خطأً متصلاً بوظائف ومهام المستشفى ، وبين " الخطأ الشخصى" للطبيب ، وذلك على أساس أن الأخطاء التى يجب استبعادها هى فقط الأخطاء الشخصية غير المتصلة بوظائف المستشفى ، أما الأخطاء الجسيمة - ولو كانت شخصية - فهى ذات صلة بعمل المستشفى ، ويجب - من ثم - أن يشملها عقد التأمين من المسئولية المبرم بواسطة المستشفى .

والحق كما لاحظ الأستاذ H. Groutel فى تعليقه على هذا الحكم أن شرط استبعاد ضمان المسئولية الشخصية للأطباء التابعين للمستشفى ينطوى على قدر كبير من الغموض ، ولذلك فهو يتسائل قائلا هل المقصود من استثناء هذه الأخطاء هو استبعاد ضمان مسئولية الأطباء دون المستشفى ؟ أم أن المقصود منه استبعاد ضمان مسئولية المستشفى إذا كان الخطأ المرتكب خطأ شخصيا لأحد الأطباء التابعين له ؟ .

وعلى أية حال ، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية فى أكثر من حكم حديث لها مبدأ انحصار الضمان فى حدود النشاط المعلن إلى المؤمن ، فقضت فى ٢٩ أبريل

١٩٩٧ [١]، بأن " ضمان المؤمن لا يمكن أن يطبق على الكارثة التى تحدث بمناسبة نشاط آخر للمؤمن له بخلاف النشاط المعلن إلى المؤمن " [٢]، كما قضت - فى ذات المعنى - فى ٢٨ أكتوبر ١٩٩٧ [٣]، بأن " الضمان لا يغطى إلا النشاط المهنى المعلن إلى المؤمن " . [٤]

وفى نهاية هذا العرض للمخاطر التى يغطيها ضمان المؤمن يجدر بنا أن نشير إلى أن العقد يشمل المسئولية المدنية للطبيب المؤمن له بوصفه مودع لديه dépositaire ، ويقصد بذلك مسئوليته عن فقد أو تلف الأشياء الخاصة بالمريض أثناء تواجد هذا الأخير للعلاج فى المكان الذى يزاول فيه الطبيب المؤمن له نشاطه المهنى [٥]، ويتحدد الضمان هنا وفقاً للشروط الخاصة فى العقد . [٦]

---

(1) Cass. civ., 29 avr. 1997, R.C.A.no. 7-8 juill.-âout 1997, comm., p. 238 .
(2) " La garantie de l'assureur ne peut s'appliquer à un sinistre survenu à l'occasion d'un activité autre que celle déclarée par l'assuré " .
(3) Cass. 1re civ., 28 oct. 1997, R.C.A. no. 2, fév. 1998, p. 6 .

وفى الفقه الفرنسى انظر :

H. Groutel : " L'objet de la garantie de l'assurance de responsabilité décennalle " ; R.C.A. no. 2, fév. 1998, p. 6 .
(4)" La garantie ne concerne que le secteur d'activité professionnelle déclaré à l'assureur".
(5) Constant Eliashberg : op. cit. , p.276 .
(٦) ومؤدى مثل هذه الشروط أن الطبيب يعد مسئولاً عن كافة الأضرار التى تلحق بالمرضى سواء فى أنفسهم أو فى أموالهم من لحظة دخولهم عيادته أو مكان مزاولته نشاطه حتى مغادرتهم لهذا المكان . وتجرى عبارة الشرط الذى يدرجه طرفا العقد فى هذا الخصوص على النحو التالى :

" Il est entendu que la responsabilité du souscripteur est couverte toutes les foit ou il pourrait être mise en cause, non seulement pour les soins donnés, mais encore pour tous accident dont pourraient être victimes les clients à partir du moment ou ils entrent chez le souscripteur, jusqu'au moment ou ils en sortent " .

راجع :

P. R. Baglin : op. cit., p. 89 et s.

وجدير بالذكر أن شركة التأمين Sou Medical تقدر الضمان فى هذه الحالة — أى فيما يتعلق بأموال المرضى التى قد تتعرض للتلف أو الفقد — بمبلغ قيمته ٢٥٠٠ فرنك ، وتضع شرطا للإعفاء البسيط بحيث أنها لا تغطى الأضرار التى تقل قيمتها عن ٣٠٠ فرنك (تقرير صادر عن الشركة فى ٢ مارس ١٩٩٨) .

المبحث الثانى

المخاطر المستبعدة من الضمان

١٠٦- تمهيـــد وتقسيـــم :

الأصل أن يشمل عقد التأمين من الأضرار - بوجه عام - جميع الأضرار الناجمة عن تحقق الخطر المؤمن منه اياً كان سبب تحقق هذا الخطر، عدا حالتى الغش والخطأ العمد (م ٧٦٨ ، ٧٦٩ مدنى مصرى ، ١١٣ / ١ تأمين فرنسى) .

إلا أنه من النادر عملاً أن يأتى العقد على هذا النحو، حيث لا يخلو عادة من شروط يدرجها المؤمن مستبعدا بها الضمان عن بعض المخاطر، وعقد التأمين من المسئولية الطبية - بوجه خاص - يتميز بأنه يرد على مخاطر ذات طبيعة خاصة تتصل بالنشاط الطبى ذاته قد تترتب عليها آثار غاية فى الأهمية ، لذا كان من الطبيعى أن يحتوى العقد على تلك الشروط التى تستبعد تلك المخاطر ذات الطبيعة الخاصة ، وهنا نكون بصدد " استبعاد اتفاقى " .

وإلى جانب هذا الأخير، فإنه وفقاً للقواعد العامة فى التأمين ، لا يجوز التأمين من بعض المخاطر، وهو ما يعرف " بالإستبعاد القانونى " .

وعلى ذلك ، فإن معالجة هذا المبحث يمكن أن تتم من خلال مطلبين الأول نعرض فيه " للإستبعاد القانونى " والثانى نعرض فيه " للإستبعاد الإتفاقى " أو " شرط الإستبعاد من التأمين " .

المطلب الأول

الإستبعاد القانونى Les exclusions légales

١٠٧- تطبيق القواعد العامة :

ويتعلق هذا الإستبعاد ، من ناحية ، بعدم جواز التأمين من المسئولية الجنائية ، ومن ناحية أخرى ، بعدم جواز التأمين من الخطأ العمدى للمؤمن له ، ولا خصوصية لعقد التأمين من المسئولية الطبية فى ذلك ، فهو استبعاد تقرره القواعد العامة للتأمين ، ويتعلق بالنظام العام ، وهو ما يدعونا إلى أن نشير إليه على عجل .

فمن ناحية ، لا يجوز أن يضمن المؤمن ما قد يحكم به على الطبيب المؤمن له من غرامات أو مصادرات نتيجة إرتكابه جريمة جنائية ، وذلك تطبيقاً لمبدأ " شخصية العقوبة "فى قانون العقوبات ، حيث يجب أن يتحمل الطبيب هذه المبالغ فى ذمته الخاصة .

ويسرى الحظر ولو كانت الغرامة المحكوم بها على الطبيب بمناسبة خطأ صادر من شخص آخر ، كأن يستعين ببديل أو تابع دون أن يكون مرخصاً لأى منهما بمزاولة أعمال الطب ، حيث يكون الطبيب هنا قد ساهم جنائياً بقدر ما فى ارتكاب تلك المخالفة الجنائية من البديل أو من التابع . [١]

ولايتناول الحظر الآثار المدنية للحكم الجنائى ، فهذه يجوز التأمين منها [٢] ، ولذلك فإن التعويض المدنى الذى قد يحكم به بالتبعية للعقوبة الجنائية التى يقضى بها على الطبيب ، يجوز أن يضمنه عقد التأمين من المسئولية لأنه لا يحمل صفة الردع أو العقوبة .

---

(1) P. R. Baglin : op. cit., p. 98 .

قرب ذلك ، إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .

(2) Mazeau : op. cit. , no. 2654 .

انظر كذلك ، إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ، ص ٨٨ ، محمد عبد الظاهر ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ .

ومن ناحية ثانية ، لا يجوز للطبيب أن يؤمن من مسئوليته عن الخطأ العمدى ، وهذا محض تطبيق للقواعد العامة التى تستلزم ألا يكون الخطر المؤمن منه معلقاً على محض إرادة أحد طرفى العقد وخاصة المؤمن له ، وإلا انتفى العنصر الجوهرى للعقد وهو الإحتمال .

وعلى الرغم من أن هذا الإستبعاد تقرره القواعد العامة فى التأمين ، إلا أن المشرع الليبى فى تنظيمه للتأمين الإجبارى من المسئولية الطبية نص عليه صراحة فى المادة ٣١ من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم ٥٥٦ لسنة ١٩٩١ بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبى ، حيث أجاز لهذه الأخيرة أن ترجع على الطبيب المؤمن له بما أدته من تعويض إلى المضرور، إذا كان الضرر قد وقع نتيجة فعل متعمد من الطبيب المؤمن له [١] ، والحقيقة أن المشرع الليبى لم يكن فى حاجة إلى مثل هذا النص الخاص الذى تغنى القواعد العامة عنه ، لذلك فهو يعتبر من قبيل التزيد .

والمؤمن له الذى لا يجوز له التأمين من الخطأ العمدى فى نطاق التأمين من المسئولية هو الشخص الذى قصد بالتأمين تغطية مسئوليته سواء كان هو المتعاقد مع المؤمن أم من كان التأمين قد أبرم لحسابه أو لصلحته . [٢]

وفى نطاق التأمين من المسئولية الطبية يكون هذا الشخص هو الطبيب طالب التأمين ، أو الطبيب الذى تبرم العيادة - التى يزاول فيها نشاطه - تأميناً لحسابه من المسئولية .

وتحقق الخطر المؤمن منه نتيجة فعل متعمد من الطبيب أمر متصور، وإن كان

---

(١) العسبلى : المرجع السابق ، ص ٣٥٠ .

(2) Picard et Besson : op. cit. , no.67,p.113 .

انظر كذلك ، جلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ ، أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ ، حسام الأهوانى ، ص ٥١.

نادراً، ومن أمثلة قيام الطبيب بإصابة المريض عمدا ، أن يعطى له مادة سامة ليريحه من داء عضال ، أو أن يبتر عضواً للشخص لكى يعفيه من الخدمة العسكرية .[1]

وكما تقضى القواعد العامة فإن المقصود بالخطأ العمدى ، فى خصوص التأمين من المسئولية ، هو أن يريد المؤمن له – الطبيب – بفعله الإرادى أن يحدث الضرر – إزهاق روح المريض إنهاء لآلامه أو قطع عضو سليم لشخص تخليصا له من الخدمة العسكرية كما فى المثالين السابقين – ، ولا يلزم – على خلاف أنواع التأمين الأخرى – أن يكون قاصداً إلى إلزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين ، أو أن يتوقع أن فعله سيؤدى إلى ذلك ، لأن هذه النتيجة – وهى دفع المؤمن مبلغ التأمين – لا تتوقف على محض إرادته ، وإنما تتوقف على إرادة المضرور .[2]

وأخيراً ، فإن حظر التأمين من الخطأ العمدى هو من قبيل " الإستبعاد القانونى " للضمان – وبعبارة أخرى ، نحن بصدد خطر مستبعد استبعاداً قانونياً وليس سبباً من " أسباب البطلان " التى تنقض العقد من أساسه .

غير أن غالب الفقه المصرى [3] ، يرى أن ارتكاب المؤمن له الخطأ العمدى يترتب عليه بطلان العقد ، وذلك على أساس انعدام أحد أركانه وهو المحل ، فالبطلان لا يقوم على أساس المادة ٢٦٧ مدنى التى تقرر بطلان الإلتزام الذى يتوقف على محض إرادة الملتزم تطبيقا للقواعد العامة فى نظرية الإلتزام ، وإنما على أساس أن تحقق الخطر

---

(١) محمد مصطفى القللى : " مسئولية الطبيب من الوجهة الجنائية " مجلة القانون والإقتصاد س ٢ ص ٣١٩ ، مشار إليه عند عبد الرشيد مأمون " عقد العلاج " المرجع السابق ، هامش ص ١٥٤ .

(٢) أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ ، وانظر كذلك فى تحديد المقصود بالخطأ العمدى على نطاق التأمين ، حلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ وما بعدها .

(٣) السنهورى ، المرجع السابق ،هامش رقم ١ ص ١٢٢٢ ، البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٤١ ص ٦٥ ، عرفة ، المرجع السابق ، ص ٣١ ، الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٤٦ ، أبو زيد عبد الباقى ، المرجع السابق ،ص ١٢٤ ، .

متوقف على إرادة أحد أطراف العقد ، مما ينعدم معه ركن المحل فى العقد .

وعلى خلاف ما اتجه إليه غالب الفقه المصرى ، يذهب رأى آخر [1] - نؤيده - إلى أن تحقق الخطر المؤمن منه نتيجة ارتكاب المؤمن خطأ عمديا لا يترتب عليه بطلان العقد وإنما فقط استبعاد ضمان المؤمن بالنسبة لهذا الخطر مع بقاء العقد صحيحا ومنتجا لآثاره بالنسبة لغيره من الأخطار التى لا ترجع إلى الخطأ العمدى للمؤمن له .

ويستند هذا الرأى إلى أن القواعد العامة لا تفرض هذا البطلان لقيام العقد صحيحاً مبرءاً من أسباب البطلان ، و أن ما يعتريه من عارض بعد ذلك - تعمد المؤمن له إحداث الخطر المؤمن منه - لا يمكن تكييفه بأنه بطلان ، هذا من ناحية .

ويستند ، من ناحية أخرى ، إلى أن القواعد الخاصة فى التأمين لا تقتضى هذا البطلان ، وهو ما يظهر بجلاء من عبارة المشرع سواء المصرى أو الفرنسى فى النصوص التى تعالج هذا الأمر ، حيث يستفاد منها أن " المؤمن لا يضمن (م / ١٢ / ٢ تأمين فرنسى) أو أنه " لا يكون المؤمن مسئولاً... " (م ٧٦٨ / ٢ مدنى مصرى) أو أنه تبرأ ذمة المؤمن من التزامه... " (م ٧٥٦ /١ ، ٧٥٧ / ١) والمستفاد من هذه النصوص - فقط - هو أن التزام المؤمن يسقط وتبرأ ذمته إذا تحقق الخطر نتيجة فعل متعمد من المؤمن له ، دون أن يترتب على ذلك أى بطلان . [2]

---

(١) حلال إبراهيم ، المرجع السابق ،ص ١٥٩ وما بعدها .

(٢) يستثنى من هذه القاعدة ، فيبطل العقد لعدم مشروعية السبب ولا يقتصر الأمر على مجرد استبعاد الخطر من الضمان ، حالة إبـــرام تأمين على الحياة لحال الوفاة ، ثم يتبين أن المؤمن له لم يقدم على إبرام العقد إلا بقصد تغطية خطر تنفيذ عقوبة الإعدام عليه نتيجة جريمـــة إرتكبها أو ينوى إرتكابها (حلال إبراهيم ص ١٦٢ ، الأهوانى ص ٦٦ ، أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ،ص ٢٠١) .

المطلب الثانى

الإستبعاد الإتفاقى Les exclusion conventionnelle

١٠٨- تمهيد :

الأصل أن للمتعاقدين حرية تحديد الخطر المؤمن منه ومدى الضمان الذى يلتزم به المؤمن وشروطه ، وذلك تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية الذى يسمح لأطراف العقد بتحديد محله .[١]

وليس هناك ما يمنع دون اتفاق المؤمن مع المؤمن له على تحديد الخطر المؤمن منه ، سواء من حيث نوع المسئولية أو جسامة الخطأ أو وضع أية قيود أخرى يكون الغرض منها عدم تأمين بعض المخاطر non assurance ، أو استبعاد خطر ما exclusion de risque من ضمان المؤمن .

وتناول الإستبعاد الإتفاقى لبعض المخاطر يقتضى منا التعرف على صوره ، والشروط اللازمة لصحته ، والتمييز بينه وبين شرط السقوط .

١٠٩- أولا : صور شرط الإستبعاد من الضمان :

يتخذ شرط استبعاد الخطر من الضمان إحدى صورتين :

[١] استبعاد مباشر Exclusion directe :

ويقصد به الإتفاق فى وثيقة التأمين صراحة على أن المؤمن لا يضمن خطرا أو أخطارا معينة [٢] ، ومثال ذلك فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، أن ينص المؤمن على أن العقد لا يغطى مسئولية الطبيب المؤمن له خارج حدود تخصصه

---

(1) Jacob : op. cit. ,no.173 , p.137 .

أحمد شرف الدين ص ١٣٩ .

(٢) جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٥١ ، ص ٢٣٨ .

المأذون قانوناً بمزاولته ، وعادة ما يشترط المؤمن فى الطبيب الذى يريد التأمين من مسئوليته أن يكون " أخصائياً " حتى يضمن قدراً أدنى من الكفاء لديه تقل معه احتمالات تحقق الخطر، فيستبعد من الضمان مسئولية الممارس العام .[١]

ومن ذلك ماقد يرد فى وثيقة التأمين من استبعادالمسئولية التضامنية exclusion de responsabilité in solidum للطبيب المؤمن له ، ويواجه هذا الشرط حالة مـاإذا تحققت مسئولية هذا الأخير مع طبيب آخر كطبيب التخدير على سبيل التضامم in solidum[٢] ، وبمقتضى هذا الشرط لايلتزم المؤمن إلا بتغطية نصيب المؤمن له من المسئولية دون غيره من المسئولين ، ويستطيع أن يحتج بهذا الشرط فى مواجهة المضرور . ويهدف المؤمن من هذا الشرط إلى تجنب مصاعب الرجوع على بقية المسئولين مع المؤمن له إن هو أوفى المضرور بحقه فى التعويض كاملاً ، فيحصن نفسه من تلك المصاعب بإدراج هذا الشرط .[٣]

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة هذا الشرط وجواز الإحتجاج به فى مواجهة المضرور، سواء نص عليه فى الوثيقة ذاتها أو فى ملحق لها ، شريطة أن يكون ذلك قبل تحقق الكارثة .[٤]

ويترتب على هذا الشرط أن تظل مسئولية المؤمن له ـ الطبيب - قائمة فى مواجهة المضرور عن الجزء المستبعد من الضمان ، حيث يستطيع هذا الأخير أن يطالبه به ، بأن يرجع عليه بنصيب باقى المسئولين معه .[٥]

---

(1) Constant Eliashberg : op. cit. , p.277 .

(٢) انظر آنفاً ، ص ١٠٨ ، هامش رقم ١ .

(3) J. CL. 1996, res. civ., fasc. 511-8 ou civ. annexes assur. fasc. 11-8 .

(4) Cass. 1re civ., 1re oct. 1980, Bull. civ. I, no. 235 .

(5) J. CL. : op. cit., res. civ.,fasc. 511-8 .

ومن المخاطر التى تستبعد بصورة مباشرة كذلك ، وينص عليها عادة فى وثائق التأمين من المسئولية الطبية :

١- المسئولية التى تنتج عن إجراء التجارب الطبية [١] ، والمنتجات الدوائية قبل تسويقها ، وذلك لأن الأضرار التى يمكن أن تترتب عن مثل هذا النشاط تكون على قدر كبير من الجسامة .[٢]

٢- المسئولية الناتجة عن العلاج بإشعة إكس Rayon X ، وجميع العناصر المشعة [٣] ، حيث ثبت أن بعض أنواع هذا العلاج يمكن أن تسبب حروقاً جسيمة ، على أنه ليس هناك ما يمنع من ضمان هذا الخطر مقابل زيادة القسط ، وقد يضع المؤمنون قيودا وضوابط الغرض منها الحد من أسباب وقوع الضرر، من ذلك اشتراط استخدام تقنيات ووسائل أمان معينة فى أجهزة العلاج بالإشعة ،بل إن بعض المؤمنين يقررون تخفيض مقدار القسط للطبيب الذى يستخدم تلك الأجهزة المزودة بأسباب الأمان .[٤]

٣- المسئولية الناتجة عن جراحة التجميل la chirurgie esthétique ، وذلك لأن المؤمنين لا ينظرون إلى هذه الجراحة على أنها تدخل فى الإطار التقليدى للعلاج ، ومع ذلك يقبل المؤمنون ضمان هذا الخطر مقابل زيادة فى مقدار القسط .[٥]

٤- المسئولية الناتجة عن عمليات الوقف الإرادى للحمل l'interruption volontaire de grossesse [٦] ، ويسمى " الإجهاض الإختيارى للحمل" .[٧]

---

(١) وقد نظم المشرع الفرنسى تأميناً أجبارياً من المسئولية الناشئة عنها ، وهو ما سنتاوله بعد .

(2) A.Herande : op. cit. , p.97 .
(3) A.Herande : op. cit. , p.97 .
(4) Jean - Louis Fouix : " Difficultes et perspectives d'avenir de l'assurance des professions médicales " 1982,p.12 .
(5) A. Herande : op. cit. , p.97 .
(6) Congrès comité européen des assurances , R.G.A.T. , 1988,p.671 .

(٧) جدير بالذكر أن المشرع الفرنسى قد أجاز هذا الإجهاض بضوابط خلال العشرة أسابيع الأولى من الحمل إذا كان لغير غرض علاجى م ١٦٢ / ١ من قانون الصحة العامة ، وفى أى وقت إذا كان استمرار الحمل يعرض صحة المرأة لخطر شديد (م ١٦٢ / ١٢ من قانون الصحة العامة) .

٥- المسئولية الناتجة عن نقل وزراعة الأعضاء le transplantation d'organe [١] ، أو تغيير الجنس le transsexualalisme . [٢]

٦- المسئولية الناتجة عن النشاط الطبى فى مجال علم الوراثة la génétique ، ويقصد بها الجراحة التى تهدف إلى التعديل فى الصفات الوراثية للجينات (م / ٤ من وثيقة تأمين اتحاد المؤمنين الطبى فى فرنسا GAMM) .

٧- المسئولية الناتجة عن جراحة زرع الأسنان l'implant des dents ، وقد يقبل المؤمن تغطيتها مقابل زيادة فى مقدار القسط . [٣]

وإذا كانت الأمثلة السابقة للإستبعاد المباشر كلها ذات صلة بالنشاط الطبى للطبيب المؤمن له ، فإن هناك أمثلة أخرى له تدرج فى وثائق التأمين من المسئولية المهنية بوجه عام ، ولا تقتصر على التأمين من المسئولية الطبية بوجه خاص ، ومن أمثلتها :

١- المسئولية الناتجة عن الأضرار التى تصيب تابعى المؤمن له - الطبيب - أو أحد من أفراد أسرته إلى الدرجة الثانية (م ٤ من وثيقة تأمين GAMM) [٤] ، ويرجع استبعاد الأضرار التى تصيب تابعى الطبيب المؤمن له إلى أنهم يخضعون - عادة - للتأمين من إصابات العمل ، أما استبعاد أفراد أسرته فيرجع إلى خشية التواطؤ بينه وبين أحد منهم ، بأن يدعى أى من أفراد أسرته - على خلاف الحقيقة -أن ما أصابه من ضرر كان نتيجة ممارسة الطبيب المؤمن له نشاطه الطبى ، توصلا إلى حصوله على مبلغ التأمين واقتسامه مع هذا الأخير .

٢- المسئولية الناتجة عن حوادث السيارات التى تقع بفعل المؤمن له - الطبيب - أو

---

(1) Ibid .
(2) M. Seugy : " l'assurance responsabilité civile des chirurgiens " 1989 ,p.61 .
(1)L. Philibert : op. cit. , p.59 .
(4) P. R. Baglin : op. cit., p. 109 .

محمد عبد الظاهر : المرجع السابق ص ٩٨ .

أى من الأشخاص الذين يسأل عنهم مدنياً ، لأن تلك المسئولية تدخل فى نطاق التأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات (م ٤ من عقد تأمين GAMM) .

٣- المسئولية الناتجة عن وقوع حريق أو انفجار أو تسرب مياه أو غاز أو وقوع حوادث كهربائية ، وكذلك الناتجة عن الأضرار التى تقع على الأشياء أو الحيوانات التى يكون المؤمن له مالكاً أو حائزاً لها اياً كان سند حيازته (١) ، حيث يكون رجوع المؤمن له فى مثل هذه الأحوال على الغير محدث الضرر .

٤- المسئولية الناتجة عن وقوع الأضرار بسبب الإضطرابات أو الحروب الأهلية أو الخارجية أو الهزات الأرضية أو الفيضانات أو البراكين أو الظواهر الطبيعية بوجه عام (م ٤ من عقد تأمين) ، ويلاحظ أن إدراج مثل هذه الأسباب للإستبعاد ليس إلا من قبيل التزيد لأنها ترتد جميعاً إلى فكرة السبب الأجنبى إما باعتبارها فعل أو خطأ الغير أو قوة قاهرة ، ومن ثم تنتفى مسئولية المؤمن له ، وينتفى تبعا لذلك التزام المؤمن بالضمان . (٢)

[٢] استبعاد غير مباشر exclusion indirecte :

ويقصد به الحالة التى يحدد فيها المؤمن بدقة المخاطر التى يضمنها ، فيدخل فى الضمان كل ما يندرج تحت هذه المخاطر ، ويستبعد منه مالم يرد هذا التحديد (٣) ، ومثال ذلك أن ينص المؤمن على أن العقد يغطى مسئولية الطبيب المؤمن له عن نشاطه الذى يزاوله فى عيادة معينة أو فى مستشفى معين ، ومؤدى هذا الشرط استبعاد كافة المخاطر التى تتحقق نتيجة مزاولة هذا الطبيب نشاطه فى عيادة أخرى أو مستشفى آخر غير المحددة فى الوثيقة ، ومثال الإستبعاد غير المباشر كذلك أن يقصر المؤمن الضمان على

---

(1) Finon : op. cit. , p.206 .

انظر كذلك : عبد الرشيد مأمون " التأمين من المسئولية " سابق الإشارة ، ص ٥٧ .

(٢) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ص ٤٦٧ .

(٣) جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٥١ ، ص ٢٣٩ .

مسئولية الطبيب العقدية أو التقصيرية ، فهذا يعد استبعادا للمسئولية الأخرى ، ومثال ذلك ايضاً أن ينص المؤمن على أن العقد يغطى الأضرار الجسدية التى تصيب المريض ، فهذا يعد استبعادا غير مباشر للأضرار المادية والأدبية التى تصيبه من نطاق الضمان .

١١٠ - ثانياً : الشروط اللازمة لصحة شرط استبعاد الخطر :

يجب توافر ثلاثة شروط لقبول الإستبعاد من التأمين ، فيلزم أن يكون وارداً فى العقد ، وأن يكون قاطعاً ، وأخيراً أن يكون محدداً .

١- يجب أن يرد شرط استبعاد الخطر فى وثيقة التأمين : ويدخل فى ذلك ملحق الوثيقة [١] ، أو مذكرة التغطية المؤقتة [٢] ، أو الرسائل المتبادلة بين الطرفين [٣] ، على أن يرد فى نص خاص فى الوثيقة ، وذلك لأن الإستبعاد لا يفترض ، ولا يستنتج بطريق القياس على أسباب ورد بيان بالوثيقة على استبعادها من الضمان . [٤]

٢- يجب أن يكون شرط الإستبعاد من التأمين قاطعاً : بمعنى أنه يكون كاشفاً عن إرادة الأطراف فى استبعاد بعض المخاطر من الضمان ، وبعبارة أخرى ، فى الخروج على قاعدة شمول الضمان المنصوص عليها فى القانون (م ٧٦٨ ، م ٧٦٩ مدنى مصرى ، م ١١٣ / ١ تأمين فرنسى) كشفاً واضحاً جلياً لا لبس فيه ولا غموض ، ولذلك فإنه يلزم أن يرد فى الوثيقة بطريقة ظاهرة وبارزة تميزه عما عداه من الشروط وإلا كان باطلاً . [٥]

---

(١) وهى مادرج العمل على قيام أطراف الوثيقة بتحريره كملحق لها إذا ماقرروا النيل من أحكامها سواء بالإضافة أو التعديل ، ولا يشترط فى هذا الملحق شكل معين مالم يتفق بين الأطراف على ذلك فقد يكون فى محرر منفصل عن الوثيقة أو بمجرد تأشير على هامشها انظـــر: محمد حسام محمود لطفى : المرجع السابق ، ص ١٢٧ وص ١٣٠ .

(٢) وهى عقد من نوع خاص يوقعه المؤمن أو وسيطه فحسب بهدف دراسة طلب التأمين أو إعداد الوثيقة (المرجع السابق ، ص ١١٠)

(3) Picard et Besson : op. cit. no. 69,p.118 .

حلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .

(٤) السنهورى رقم ٦٠٧ ص ١٢٣٨ ، أحمد شرف الدين ص ١٤٢ ، إبراهيم الدسوقى ص ١٧٤ .

(5) Picard et Besson : op. cit. , no.69,p.119 .

حلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٥٢ ، ص ٢٣٩ .

٣- يجب أن يكون شرط الإستبعاد من التأ مين محددا : وهو ما يعنى عدم جواز ورود الإستبعاد فى صيغة عامة ، والغرض من هذا الشرط هو أن يعرف المؤمن له تحديدا تلك المخاطر المستبعدة من الضمان ، وهو شرط موضوعى يتعلق بتحديد مدى ومجال الإستبعاد . [١]

ومن أمثلة شروط الإستبعاد العامة والتى تقع باطلة فى مجال التأمين من المسئولية الطبية ، أن يستبعد المؤمن " الأخطاء الجسيمة " للطبيب المؤمن له ، دون أن يضع لتلك الأخطاء قيدا أو تحديدا يعين فى التعرف عليها ، أو أن يرد الإستبعاد على " الخطأ المهنى أو الفنى " للطبيب المؤمن له دون الخطأ العادى ، وهذه بدورها صيغة عامة غير محددة لأن التمييز بين الخطأ الفنى والخطأ العادى لا يخلو من التحكم [٢] ، لأن أى خطأ يصدر من الطبيب يتضمن بالضرورة ناحية مهنية ، وبالتالى لا يمكن فصله عن عمله الفنى والقول بأنه خطأ عادى مثل أى خطأ يصدر من أى فرد عادى . [٣]

ومن أمثلة ذلك ايضاً ، أن يستبعد المؤمن " الأخطاء التى تقع من الطبيب المؤمن له بالمخالفة للأصول العلمية لمهنة الطب " ، أو " الأفعال التى تعد من قبيل الخطأ فى ضوء التطور العلمى والتكنولوجى وقت وقوع تلك الأفعال " (م ٤ من وثيقة تأمين إتحاد المؤمنين الطبى فى فرنسا) لأن مثل هذا الشرط يترك مجالاً رحباً للتقدير والتحكم سواء من جانب طرفى العقد أو من جانب قاضى الموضوع .

---

(1) Picard et Besson :op. cit., no.70 ,p.120 .

السنهورى رقم ٦٠٧ ص ١٢٣٩ ، أحمد شرف الدين ص ١٤٣ ، إبراهيم الدسوقى ص ١٧٥ ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٥٣ ، ص ٢٤١ .

(٢) فما تقدره محكمة من أن عدم نقل المريض إلى المستشفى يمثل خطأً عادياً قد تقدره محكمة أخرى بأنه خطأً فنياً على أساس أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج بالضرورة إلى تقدير حالة المريض الطبية ومراعاة الظروف التى قد يتعرض لها فى الطريق (عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ص ١٥٣) .

(٣) المرجع السابق ص ١٥٤ .

كما ينحسر عن الإستبعاد شرط التحديد ، ويقع من ثم باطلاً ، حين ينص المؤمن علي استبعاد " الأضرار التى تكون نتيجة حتمية ، أو من الممكن توقعها لطرائق تنفيذ العمل لدى المؤمن له " [1] ، وبتطبيق ذلك على التأمين من المسئولية الطبية ، فإن أى ضرر يمكن أن يتوقعه الطبيب المؤمن له كنتيجة لأسلوب العلاج أو الجراحة الذى يتبعه يؤدى إلى استبعاد الخطر المؤمن منه من الضمان ، وعلى العكس من ذلك ، فإن تحقق الخطر كأثر لأضرار لا يمكن للطبيب المؤمن له أن يتوقعها لا يترتب عليه استبعاده من الضمان .

ولا شك أن صياغة شرط الإستبعاد على هذا النحو تؤدى - ببساطة - إلى استبعاد الضمان عن أى خطأ يرتكبه الطبيب لأنه عادة ما يكون لديه قدر من التوقع - اياً كان - للأضرار التى يمكن أن تترتب على أسلوب العلاج أو الجراحة الذى يتبعه ، وهو أمر طبيعى فى المجال الطبى الذى يتعذر فيه القطع بنتائج يقينية .

١١١- ثالثاً : التمييز بين الإستبعاد و السقوط :

شرط الإستبعاد - كما رأينا - هو تعبير عن مبدأ الحرية التعاقدية لطرفى العقد فى تحديد محل ونطاق الخطر المؤمن منه ، إذ بمقتضاه ينص المؤمن على استبعاد بعض المخاطر من الضمان لاعتبارات خاصة بتلك المخاطر ، دون أن يرتبط ذلك بإخلال المؤمن له - الطبيب - بأى من الإلتزامات التى يفرضها العقد عليه ، فمحل شرط الإستبعاد مخاطر لا تدخل أصلا فى ضمان المؤمن .

أما السقوط la décheance فهو جزاء اتفاقى ، ينص عليه فى وثيقة التأمين أو ملحق لها [2] ، يفقد المؤمن له بمقتضاه الحق فى تغطية الخطر المؤمن منه ، ويوقع عليه فى حالة إخلاله بالإلتزامات التى يفرضها العقد عليه سواء كانت سابقة على وقوع

---

(١) محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٢٨٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٣١٠ .

الكارثة أو لاحقة عليها ، ومثال هذه الأخيرة عدم إعلانه المؤمن بوقوع الكارثة ، أو المبالغة عمداً فى تقدير الخسائر الناجمة عنها [1] ، فمحل هذا الشرط - إذاً - مخاطر تدخل بحسب الأصل فى ضمان المؤمن ويسقط حق المؤمن له فى تغطيتها جزاء له على إخلاله بالتزاماته العقدية .

وعلى ذلك ، فإنه بينما يعنى شرط الإستبعاد من التأمين عدم قيام أى التزام بالضمان على عاتق المؤمن عن الأخطار المستبعدة ، فإن شرط السقوط يعنى زوال ضمان المؤمن رغم تحقق خطر منصوص عليه فى وثيقة التأمين بسبب إخلال المؤمن له بالتزامه الذى تقرر السقوط جزاء له . [٢]

وجدير بالذكر أن السقوط لا يوقع فحسب على المؤمن له الذى يخل بالتزاماته بسوء نية ، وإنما كذلك على المؤمن له الذى يخل بالتزاماته بحسن نية ، كأن يهمل إخطار المؤمن بالدعوى التى رفعها المضرور . [٣]

ويترتب على ذلك بعض الفروق العملية :

١- من حيث طريقة إدراج الشرط فى الوثيقة : لم يكن لازماً لصحة شرط الإستبعاد فى فرنسا قبل صدور قانون ٧ يناير ١٩٨١ ، أن يكون بارزاً وظاهراً فى الوثيقة تجاه الشروط الأخرى ، وذلك على خلاف شرط السقوط الذى يبطل إن لم يدرج بهذه الطريقة ، إلا أن هذه التفرقة قد زالت بصدور هذا القانون حيث أضاف شرط الإستبعاد إلى الشروط الواجب إظهارها بطريقة مميزة تجاه الشروط الأخرى . [٤]

---

(1) Besson : " la notion de décheance en matière d'assurance " R.G.A.T.1936,p.231 et s.
نزيه المهدى : " عقد التأمين " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٢٤١ .

(٢) نزيه المهدى : المرجع السابق ، ص ٢٤٦ ، إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ص ١٧٧ .

(٣) محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق ، هامش ص ٣١١ .

(٤) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ص ١٧٨ .

أما فى مصر فلا تزال تلك التفرقة قائمة حيث لم يقرر المشرع البطلان لعدم إظهار الشرط بشكل بارز فى وثيقة التأمين إلا بالنسبة للشروط المتعلقة بالبطلان أو السقوط دون الإستبعاد ، وفى ذلك تنص المادة ٧٥٠ / ٣ من التقنين المدنى على أنه " يقع باطلاً ما يرد فى وثيقة التأمين كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التى تؤدى إلى البطلان أو السقوط " .

٢- من حيث عبء الإثبات : يقع عبء الإثبات فى السقوط على عاتق المؤمن له ، وفقاً للقواعد العامة - التى تقضى بأن على الدائن إثبات الإلتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه (المادة الأولى من قانون الإثبات) - لأنه يدعى براءة ذمته من إلتزام يثقلها بمقتضى العقد ، فى حين يقع على المؤمن له ، الذى يدعى حقا له فى ذمة المؤمن بضمان الخطر ، إثبات تحقق الخطر المؤمن منه ، أو بعبارة أخرى ، أن الخطر ليس مستبعداً من الضمان .[١]

وتحديد عبء الإثبات على هذا النحو ليس إلا ترديداً لقاعدة " أن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته ، أما من يدعى خلاف الأصل فعليه هو عبء إثبات ما يدعيه " .[٢]

غير أن محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بعبء اثبات شرط الإستبعاد قد خرجت عن هذه القاعدة ، حيث قررت أن عبء إثباته يقع على عاتق المؤمن الذى يدعى أن الخطر الذى تحقق يخرج عن نطاق الضمان[٣] ، يستوى فى ذلك أن يكون الإستبعاد مباشراً أو غير مباشر ، على أساس أن القاعدة العامة هى شمول الضمان ، فإذا أدعى المؤمن خلاف ذلك ، كان عبء الإثبات عليه .[٤]

(1) Picard et Besson : op. cit. , no.125, p. 211 .

انظر كذلك : جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، هامش ص ٣١٢ ، إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ص ١٧٩ .

(٢) السنهورى ، الوجيز ص ٥٨٨ .

(3) Cass. civ. 15 et 22 oct. 1980 , R.G.A.T.1981 , p.51 ,note Bigot .

(4) Picard et Besson : op. cit. ,no.70, p. 122 .

انظر كذلك : إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ص ١٨١ .

وقد انتقد البعض [1] ، هذا القضاء على أساس أنه يلقى على المؤمن بعبء ثقيل ، فى حين لا يكون على المؤمن له سوى أن يثبت تحقق الضرر ليطالب بضمانه ، بينما ذهب البعض الآخر [2] ، إلى أن هذا القضاء قد وزع عبء الإثبات بين طرفى الخصومة بطريقة عادلة ، ولم تعف المؤمن له منه كلية ، بل يظل عليه أن يقيم الدليل ليس فقط على وقوع الكارثة ، بل وكذلك على وقوعها طبقاً للظروف المتفق عليها فى الوثيقة .

٣- من حيث الآثار : شرط السقوط يجيز للمؤمن فسخ العقد إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق ، وذلك لأنه يفترض إخلال المؤمن له بالتزام ، أما شرط الإستبعاد فلا يجيز للمؤمن ذلك ، لأن الفسخ لا يمكن أن يترتب على تحقق خطر مستبعد وفقاً لوثيقة التأمين . [3]

ويلاحظ ، أخيراً ، أن شرط الإستبعاد لا يغير من طبيعته أن يطلق عليه المؤمن اصطلاح " السقوط " [4] ، كما أن خلط المشرع بينهما يجب أن يكيف التكييف الصحيح ، ومثال ذلك نص المادة ٧٥٠ من التقنين المدنى المصرى - يقابله نص المادة ١١٣ / ١١ من تقنين التأمين الفرنسى - الذى ينص على أنه " يقع باطلاً ما يرد فى وثيقة التأمين من الشروط الآتية : ١- الشرط الذى يقضى بسقوط الحق فى التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح ، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية ... " .

---

(1) Bigot : note sous cass. civ. 15 et 22 oct. 1980 préc .

انظر كذلك ، جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٧ .

(2) Viney : " Les obligation , la responsabilité : effets " 1988 , no.380 .

انظر كذلك ، جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٧ .

(3) Picard et Besson : op. cit. ,no.125, p. 211 .

ايضاً ، جمال الدين زكى ، المرجع السابق هامش ص ٣١٢ .

(٤) جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٣٠٧ .

فهذا النص يواجه فى حقيقته حالة من حالات استبعاد التأمين ، ويبطل شرط الإستبعاد بسبب عموميته وافتقاده للتحديد ، ولذلك يجب تكييف الشرط الوارد فى الوثيقة بسقوط حق المؤمن له فى الضمان عندما تتحقق مسئوليته عن خطأ يتمثل فى مخالفة القوانين واللوائح بأنه شرط استبعاد من التأمين وليس شرط سقوط .[1]

(١) إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ص ١٧٩ .

الباب الثانى

احكام الضمان

١١٢- تمهيد وتقسيم :

إذا تحقق الخطر المؤمن منه ثار إلتزام المؤمن بالضمان ، ووجب عليه أن يغطى مطالبة المضرور بالتعويض التى يتعرض لها المؤمن له .

غير أن ذلك لا يعنى أن ضمان المؤمن لمسئولية الطبيب المؤمن له ضمان مطلق لاحدود له ولاقيود ، فمثل هذا الضمان - فى الغالب - غير متصور ، ولذلك فإن عقد التأمين من المسئولية الطبية يتضمن العديد من الحدود التى ينحصر ضمان المؤمن فى نطاقها .

من جهة أخرى ، فإن تطبيق هذا الضمان قد يتم بالطريق الودى بين المضرور وبين المؤمن ، وعلى العكس من ذلك قد يتم قضائياً .

وفى ضوء ذلك ، فإننا سنعالج هذا الباب من خلال فصلين ، نخصص أولهما لدراسة حدود الضمان ، ونبحث فى ثانيهما تطبيق هذا الضمان .

الفصل الأول
حدود الضمان

١١٣- تمهيد وتقسيم :

تتعدد حدود الضمان التى ينحصر ضمان المؤمن فى نطاقها . هذه الحدود يتعلق بعضها بالأضرار التى يغطى العقد المطالبة بالتعويض الناشئة عنها ، وبعبارة أخرى النتائج المالية للمسئولية الناتجة عن تحقق هذه الأضرار .

ويتعلق البعض الآخر منها بمدة الضمان ، أو بحدود الضمان من حيث الزمان ، وهو مايتعين بحثه فى ضوء ماطرأ من تطور فى قضاء محكمة النقض الفرنسية .

وآخر ماتتعلق به تلك الحدود ، هو مدى ضمان المؤمن من حيث القيمة ، أو حدود الضمان من حيث القيمة .

وعلى ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث الثلاث التالية :

المبحث الأول : حدود الضمان من حيث الأضرار .

المبحث الثانى : حدود الضمان من حيث الزمان .

المبحث الثالث : حدود الضمان من حيث القيمة .

المبحث الأول
نطاق الضمان من حيث الأضرار

١١٤- أصل المسألة :

يغطى عقد التأمين من المسئولية الطبية ، المسئولية الناجمة عن الأضرار الجسدية أو المادية أو المعنوية .

ويقصد بالأضرار الجسدية ، كل إصابة تمس السلامة الجسدية للمريض المضرور ، ويدخل فى مفهوم هذه الأضرار، ما يلحق هذا الأخير من أضرار اقتصادية أو أدبية ، وهى النتائج المالية التى تترتب على وقوع الأضرار الجسدية . [١]

فتعويض هذه الأخيرة لا يقتصر فحسب على جبر ما يلحق بجسم المضرور من جرح أو قطع عضو أو عاهة مستديمة ، وإنما يجب أن يغطى حق المضرور فى التكامل الجسدى .

ولبيان المقصود بحق المضرور فى التكامل الجسدى ، نقول إن الإنسان يملك باعتباره جسدا وروحا عدة مكنات أو ميزات تكمن فى حياته ، وفى القدرات التى يخولها له جسده كالقدرة على العمل والقدرة الذهنية ، وهى تسمح له ، من جانب ، أن يقوم بالأعمال الضرورية لحياته ، ومن جانب آخر، بالعمل لكسب قوته ، فالإنتقاص من أو سلب القدرة على الكسب تعتبر نتائج ملازمة للضرر الجسدى [٢] ، وتستوجب - من ثم - أن يشملها ضمان المؤمن .

وتتعلق النتائج المالية الناجمة عن الضرر الجسدى ، بما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وفقا لما تقضى به المادة ٢٢١ من التقنين المدنى المصرى ، وهو ما تواترت أحكام محكمة النقض المصرية على تأكيده . [٣]

---

(1) Lambert-Faivre : " Droit des dommages corporels " op. cit., no. 640, p. 474 .

(٢) سعيد عبد السلام : " التعويض عن ضرر النفس فى المسئولية التقصيرية فى القانون الوضعى والفقه الإسلامى " رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٨ وما بعدها . وعنده أن هذه الاضرار جميعاً يطلق عليها ضرر النفس بحسب أن هذا التعبير أشمل وأعم من تعبير الضرر الجسدى .

(٣) من ذلك مثلا ، نقض مدنى فى ٩ مايو ١٩٨٢ ، طعن رقم ٤٢١ ، س ٤٩ ق ،الموسوعة الذهبية ، حسن الفكهانى ، ص ١٠٥٩ .

ويقصد بما لحق المضرور من خسارة ما يتكبده من نفقات طبية لتدارك آثار التدخل الطبى الضار كإجراء عمليات جراحية جديدة ، أو إعادة تأهيل للمريض فى حالة إصابته بعاهة مستديمة .(١)

ولا تقتصر هذه النفقات على ما يكون حالاً منها ، بل وما يكون مستقبلاً وهى تلك النفقات التى تطرأ بعد تسوية الكارثة ودياً أو قضائياً ، متى كانت مؤكدة ومتوقعة(٢) . ويدخل فى ما يلحق المضرور من خسارة ، كذلك ، ما يتكبده من نفقات قضائية .(٣)

أما الثانية - ما فات المضرور من كسب - فتتمثل فى حرمان المضرور من استخدام ملكاته وقدراته على العمل ، بصورة طبيعية ، سواء كان ذلك بصفة مؤقتة أو دائمة ، يستوى فى ذلك أن يكون هذا العمل ذو طابع مهنى أم لا(٤) . حيث تدخل النتائج المالية المترتبة على ذلك فى نطاق التعويض عن الضرر الجسدى بحسبها ناجمة عنه .

ومما هو جدير بالذكر أن محكمة النقض المصرية قد أصدرت حكما هاما فى ٢٢ فبراير ١٩٩٤ ، قررت فيه أن " ... المساس بسلامة الجسم بأى أذى من شأنه الإخلال بحق الإنسان فى الحياة ... " . ويرى البعض(٥) ، تعليقا على هذا الحكم أنه يعبر عن اتجاه جديد لمحكمة النقض المصرية فى أنها تعتبر مجرد المساس بسلامة الجسم ضرر مادى واجب التعويض ولو لم يترتب عليه نقص فى القدرات الجسمانية ، ولو لم يترتب عليه خسارة لاحقة أوكسب فائت ، وفى عبارة وجيزة ، فإن محكمة النقض المصرية ترى التعويض عن الإعتداء فى ذاته بوصفه مساسا بحق شخصى ثابت للإنسان فى الحياة وسلامة الجسم .

(1) Lamber – Faivre : op. Cit., no. 102, p. 169 .
(2) Cass. Soc. 25 mai 1982, D. 1982, II, p. 610, note H. Groutel .
(3) Lamber – Faivre : op. Cit., no. 113 .
(4)Ibid., no. 113 et s. ; Lambert – Faivre : " Methodolgie d'évaluation du dommage corporels " Gaz. Pal. 3-4 Juill. 1991, doc. , p. 18 .

(٥) احمد السعيد الزقرد : " الإتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية فى تحديد مفهوم الضرر المادى والأدبى وانتقال الحكم فى التعويض عنه إلى الورثة بمناسبة الحكم الصادر فى ٢٢ / ٢ / ١٩٩٤ مقارنا بأحكام التمييز الكويتية " مجلة الحقوق ، س ٢٠ ، ع ٢ ، يونيو ١٩٩٦ ، ص ٢٤٠ وما بعدها . وفى ذات المعنى ، حسام الدين الأهوانى : النظرية العامة للإلتزام . مصادر الإلتزام ، ط ٢ ، سنة ١٩٩٥ ، رقم ٧٥٧ ، ص ٥١٧ . حيث يقرر أن نقص القدرة الجسمانية واجب التعويض ولو لم يكن الشخص يمارس مهنة أو حرفة معينة تتأثر نتيجة المساس بسلامة جسمه .

وغنى عن البيان ، أن عقد التأمين لايغطى تلك الأضرار بذاتها ، وإلا أصبح تأمين إصابات وطبقت عليه أحكام التأمين على الأشخاص ، وإنما يغطى النتائج المالية لمسئولية الطبيب نتيجة تحقق هذه الأضرار . (١)

أما الأضرار المادية فيقصد بها ما يصيب أموال المضرور من فقد أو تلف (٢) ، ولا يدخل فيها ما يصيب أموال المؤمن له من تلك الأضرار . (٣)

فيدخل فى نطاق ضمان مؤمن مسئولية الطبيب ، ما يلحق بأموال المريض من فقد أو تلف أثناء تواجد هذا الأخير فى مكان مزاولة الطبيب نشاطه (عيادة خاصة - معمل تحاليل - مركز أشعة) وهو ما نصت عليه المادة الثانية فى فقرتها الرابعة من عقد تأمين المسئولية للمهن الطبية لاتحاد شركات التأمين المسمى GAMM بقولها " يمتد الضمان ، فى نطاق ما تحدده الشروط الخاصة ، ليشمل الأضرار الناتجة عن اختفاء أو تلف أشياء خاصة بالغير أثناء تواجدهم بالأماكن التى يباشر المؤمن له مهنته فيها " . (٤)

وجدير بالذكر أن ماهية هذه الأشياء تختلف باختلاف تخصص الطبيب المؤمن له ، وهو ما أشارت إليه المادة السابقة بقولها " فى نطاق ما تحدده الشروط الخاصة " ، فهذه الأخيرة تختلف من عقد لآخر بحسب تخصص الطبيب طالب التأمين . (٥)

---

(١) انظر سابقا فى التمييز بين التأمين من المسئولية وتأمين الإصابات ، رقم ٧ ، ص ١٢ .

(2) Lambert-Faivre : " Risques et assurances des entreprises " 3 éd. 1991, no. 795, p.511; Lambert-Faivre : " Droit des dommages corporels " op. cit., no. 640, p. 474 .

(3) Lambert-Faivre : " Droit des dommages corporels " op. cit., no. 640, p. 474 .

(4) Art .2-4 : " La garantie est étendue, dans les limites fixées aux conditions particulières à la prise en charge des dommages résultant de la disparition ou de la détérioration d'objets appartenant à des tiers durant le temps de leur présence dans les locaux profesionnels de l'assuré " .

(٥) وقد جاء فى تقرير المستشار الطبى لشركات GAMM ، لعام ١٩٩٦ ، أن مجموع المطالبات التى وجهت للشركة عن الأضرار المادية (فقد – سرقة – تلف) التى لحقت بأشياء الغير ، قد بلغت ، عن هذا العام ، ٤٨٩ مطالبة .

وأخيراً ، يشمل الضمان الأضرار غير المادية ، وهى الأضرار الأدبية أو المعنوية ، وهى متميزة عن كل من الضرر الجسدى والضرر المادى .[1]

وجدير بالذكر، أن المشرع الليبى ، قد نص فى المادة ٢٩ من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم ٥٥٦ لسنة ١٩٩١ ، بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبى ، وهو بصدد تحديد الأضرار التى يضمنها التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية ، على أن " التأمين يضمن تغطية المسئولية الناجمة عن الوفاة أو أية إصابة بدنية أو ضرر مادى أو معنوى " .

حاصل القول ، أن عقد التأمين من المسئولية الطبية يغطى المسئولية المدنية عن كل أنواع الضرر التى تنتج عن النشاط الطبى للطبيب المؤمن له ،فيجوز إذاً للمريض أو لورثته المطالبة بتعويض تلك الأضرار سواء كانت جسدية أو مادية أو غير مادية .

---

(1) Lambert-Faivre : op. cit., no. 640 .

المبحث الثانى

حدود الضمان من حيث الزمان

١١٥ - تقسيـم :

يرتبط تحديد الضمان من حيث الزمان بتحديد مفهوم الكارثة ، ومدى ارتباط هذا المفهوم بتحقق مسئولية المؤمن له المسئول ، وتحليل الشروط التى يدرجها طرفا العقد فى هذا الخصوص بهدف تحديد مدة الضمان ، وموقف القضاء من هذه الشروط ، وهو ما سوف نعالجه فى مطلبين على التوالى .

المطلب الأول

مفهوم الكارثة

١١٦- أصل المسألة :

من الثابت أن الكارثة التى يغطيها التأمين من المسئولية يجب أن تقع أثناء سريان العقد ، أى منذ نفاذه حتى انقضائه ، وتتمثل المشكلة فى تحديد المقصود بالكارثة فى التساؤل التالى ، وهو هل الكارثة هى الواقعة الضارة ذاتها ، أم هى مطالبة المضرور بالتعويض سواء كانت المطالبة ودية أو قضائية ؟ (١) .

ومبعث هذا التساؤل هو أن نشأة حق المضرور فى التعويض ، وفقاً لقواعد المسئولية المدنية ، ليست وليدة لحظة واحدة ، وإنما تمر بأكثر من مرحلة .

---

(1) Jérôme Bonnard : " Droit et pratique des assurances " 1re éd. , 1997 ,p.11 .

ويوجد فى الفقه - فى هذا الخصوص - رأيان ، الأول يمثل الفقه التقليدى ، ويذهب إلى أن الكارثة هى مطالبة المضرور بالتعويض ، وذلك على أساس عدم التلازم بين تحقق الكارثة وبين قيام المسئولية للمؤمن له . والثانى يمثل الفقه الحديث ، ويذهب إلى أن الكارثة هى الواقعة الضارة ، باعتبار أن وقت حدوث تلك الواقعة هو وقت قيام مسئولية المؤمن له ونعرض لهذين الرأيين فيما يلى :

١١٧- الرأى الأول : الكارثة هى مطالبة المضرور بالتعويض التى تتم أثناء سريان عقد التأمين :

ويمثل هذا الرأى الفقه التقليدى ، ويذهب إلى أن الكارثة التى يغطيها التأمين من المسئولية ، والتى يجب أن تتم خلال مدة سريان العقد ، هى " مطالبة المضرور بالتعويض " . (١)

ويقوم هذا الإتجاه على أساس تكييف التأمين من المسئولية بأنه " تأمين لدين المسئولية assurance de la dette de responsabilité ، فالمؤمن لا يضمن حق المضرور ، وإنما يضمن دين المسئول ، فالكارثة قد تتحقق دون أن تتحقق مسئولية المؤمن له ، وعلى العكس قد تقوم مسئولية المؤمن له دون أن تتحقق الكارثة .

ولذلك فإن الكارثة تتحقق بمجرد مطالبة المضرور بالتعويض ولو لم تقم مسئولية المؤمن له - أى لم تكن المطالبة على غير أساس من القانون أو الواقع - فيغطى المؤمن فى هذه الحالة المصروفات القضائية لتلك المطالبة ، وبالمقابل لا تتحقق الكارثة - مطالبة المضرور بالتعويض - رغم قيام مسئولية المؤمن له ، إذا كان المضرور يجهل الحادث أو المسئول عنه أو أهمل فى المطالبة بحقه .(٢)

---

(1) Picard et Besson : op. cit. ,no. 357 ; Hémard : " Théorie et pratique des assurances terrestres " 1924 ,p.197 ; Margeat et Faivre Rochex : " précis de la loi sur le contrat d'assurance et commentaire sur la réglementation de l'assurance automobile obigatoire " 5 éd. 1971,no. 501 .
(2) Hémard : op. cit. ,p. 197 .

انظر كذلك ، إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ، ص ١١٨ .

ويقرر هذا الرأى أن نص المادة ١٢٤ / ١ من تقنين التأمين قد أخذ بهذا المفهوم للكارثة حين علق إلتزام المؤمن من المسئولية على مطالبة المضرور بالتعويض سواء كانت هذه المطالبة ودية أو قضائية على أثر واقعة ضارة منصوص عليها فى (العقد).(١)

ويترتب على القول بأن الكارثة هى مطالبة المضرور بالتعويض ، أن المؤمن لا يضمن إلا المطالبة التى تتم أثناء سريان العقد حتى ولو كانت عن حوادث وقعت أثناء سريانه ، وتفريعا على ذلك ، فإن مطالبة المريض بالتعويض التى تتأخر إلى ما بعد انقضاء سريان عقد التأمين - وهو ما يحدث كثيرا لعدم ظهور الضرر أثناء تلك الفترة - لا يغطيها عقد التأمين من المسئولية .

وهذه النتيجة هى جوهر المشكلة التى تترتب على هذا المفهوم للكارثة ، وهى مشكلة التوفيق بين مدة الضمان ، من جهة ، ومدة تقادم المسئولية ، من جهة أخرى .

فالمسئولية سواء كانت عقدية - وهذه تتقادم وفقا للقانون الفرنسى بمضى ثلاثين سنة (م ٢٢٦٢ مدنى - أو غير عقدية - وهذه تتقادم بمضى عشر سنوات (م ٢٢٧٠ / ١ مدنى) - تستغرق مدة الضمان التى تتحدد بفترة سريان العقد ، وهى عادة سنة ، وهو ما يعنى أن الطبيب المؤمن له يظل مسئولا بلا ضمان يغطى مسئوليته ، وهو نفس الوضع بالنسبة للقانون المصرى حيث تتقادم المسئولية العقدية بخمس عشرة سنة ، وتتقادم المسئولية التقصيرية بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة بحسب الأحوال .

ولاشك فى أن هذه النتيجة وإن كانت تحقق مصلحة المؤمن الذى يحدد ضمانه بتلك المطالبات التى تتم أثناء سريان العقد ، إلا أنها تتعارض مع مصلحة المريض الذى تتأخر دعواه - غالبا - إلى ما بعد هذه المدة ، ولذلك تظل مشكلة تحديد الضمان من حيث الزمان قائمة فى ظل هذا الرأى .

---

(1) Said Gabr : " La survenance du sinistre dans l'assurance de dommage ", thèse, Rennes 1979, p. 32 .

١١٨- الرأى الثانى : الكارثة هى " الواقعة الضارة التى تقع أثناء سريان عقد التأمين " :

يتأسس هذا الرأى على تكييف التأمين من المسئولية بأنه " ضمان لتعويض المضرور la créance d'indemnisation de la victime "، ومن ثم فإن الكارثة تتحدد من لحظة حدوث الواقعة الضارة.[١]

وترتيباً على ذلك فإن المؤمن الذى تكون مدة عقده قد انقضت ، يضمن المسئولية المدنية للطبيب المؤمن له ما دامت هذه المسئولية ترجع إلى فعل وقع من هذا الأخير أثناء سريان العقد، أياً كان تاريخ مطالبة المضرور- المريض - بالتعويض، أى حتى لو تأخرت هذه المطالبة إلى ما بعد انقضاء سريان العقد.[٢]

ويستند هذا الرأى إلى التحليل التالى لمراحل المسئولية المدنية، حيث يلزم التمييز للقول بقيام إلتزام المؤمن بالضمان بين عدة مراحل.[٣]

المرحلة الأولى : الفعل المنتج للمسئولية المدنية le fait générateur de la responsablité civile :

وتمثل هذه المرحلة اللحظة التى يأتى فيها الشخص الفعل أوالنشاط الذى قد ينتج الضرر عنه، وهذا الفعل فى نطاق المسئولية الطبية هو " العمل الطبى l'acte médical " الذى يمارسه الطبيب.

---

(1) L. Faivre : " droit des assurances " op. Cit., p.477 .

(2) Rémy Raffi : " Réflexions sur le rôle du temps en assurance de responsablitié " , D. 1998, chr., p.248 .

(3) François Chpuisat : " Le juge, l'assureur de responsabilité civile et les fonds d'indemnisation " R.G.A.T. 1992, p. 792 .

ويمكن القول أن الفعل المنتج للمسئولية يمثل عنصر الخطأ فى المسئولية الشخصية ، كما أنه يمثل عنصر الفعل ، مصدر الضرر ، فى المسئولية الموضوعية . وهذا الفعل لا يمثل فى ذاته أهمية فى نشأة المسئولية ما لم يتبعه ضرر ، ومن ثم فإنه لا يعتد بتاريخ وقوعه - وحده - للقول بقيام المسئولية . (١)

المرحلة الثانية : الفعل الضارأو الواقعة الضارة le fait dommageable

وهو يمثل الواقعة الضارة التى ينشأ عنها حق المضرور فى التعويض ، ومثال ذلك حدوث التسرب الإشعاعى فى العلاج بالإشعة ، مما يترتب عليه وقوع ما يسمى " بالتلوث الإشعاعى la contamination radioactive " للمضرور ، أياً كان سبب ذلك ، كاتباع أساليب تجاوزها التقدم العلمى ، أو بسبب خطأ بشرى ، ومثال ذلك أيضاً ، إعطاء سيدة حامل دواءً ضاراً لها مما يحدث لها ما يسمى " بالتسمم العلاجى l'inoxication médicamenteuse ، أياً كان سبب ذلك ، كوجود عيب يرجع إلى تصنيع المنتج - الدواء - ذاته ، أو أن يكون ضاراً بطبيعته فى حالة تناول سيدة حامل له . (٢)

ويلاحظ أن هذه الواقعة الضارة ، قد تحدث لمرة واحدة ، وقد تحدث بصورة متكررة ، كحالة إنتقال مرض الإيدز فى كل مرة يتم فيها نقل الدم إلى المضرور ، وقد يستغرق حدوث تلك الواقعة وقتاً قد يطول أو يقصر كحالة التسرب الإشعاعى .

ويجب عدم الخلط بين تلك " الواقعة الضارة " وبين" الفعل المنتج للمسئولية " ، لأن هذه الواقعة هى التى تنشئ علاقة الإلتزام بين المسئول والمضرور . (٣)

(I) L. Faivre : " La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses reclamation de la victime " D. 1992, chr.p.13 .

انظر كذلك ، محمد عبد الظاهر : المرجع السابق ، ص ٦٤ .

(2) Ibidem ,p.14 .

(3) Ibidem .

ويقرر هذا الرأى أن هذه الواقعة هى التى تمثل الكارثة [١] ، وأن تاريخها هو التاريخ الأمثل لقيام مسئولية الطبيب المؤمن له ، وبالتالى قيام إلتزام المؤمن ، وتظهر أهمية هذا التحديد على وجه الخصوص فى حالة تعاقب أكثر من مؤمن على تغطية مسئولية الطبيب المؤمن له [٢] ، فكل منهم يغطى الأضرار التى ترجع إلى وقائع حدثت أثناء سريان عقده ، وتحديد تاريخ الواقعة الضارة لا يثير مشكلة بالنسبة لتلك الوقائع التى تقع على مرة واحدة ، وإنما تثور المشكلة بالنسبة للوقائع التى تحدث بصورة متكررة أو يستغرق حدوثها فترة من الوقت ، وهذه الوقائع يترك تحديد تاريخها لقاضى الموضوع .[٣]

وقد استند هذا الفقه فى القول بأن الكارثة هى الواقعة الضارة إلى إشارة نص المادة ١٢٤ / ١ من تقنين التأمين إلى ذلك صراحة ، حيث تنص على أنه " فى تأمين المسئولية ، لا يلتزم المؤمن ، إلا إذا تمت مطالبة ودية أو قضائية فى مواجهته من الغير المضرور ، وذلك على أثر واقعة ضارة نص عليها العقد " ، فوفقاً لهذا النص لا تعتبر مطالبة المضرور كارثة إلا بالقدر الذى تظهر به الواقعة الضارة ، فالمطالبة بالتعويض ليست منشئة للحق الذى يوجد من قبل ، أى منذ وقوع الضرر ، وإن كانت خطوة لازمة و متقدمة على الحكم به . [٤]

المرحلة الثالثة : ظهور الضرر la manifestation du dommage

قد يظل الضرر - لاسيما فى نطاق المسئولية الطبية - كامناً لفترة تطول أو تقصر حتى يظهر ، وهذه الفترة تمتد بين تاريخ الواقعة الضارة (التسرب الإشعاعى أو التسمم العلاجى) أو اعطاء المريض حقنة تخدير وبين ظهور الضرر (الإصابة بالسرطان ، أو الإصابة بالإيدز أو الإصابة بالشلل)، ويظل الضرر طوال هذه الفترة التى قد تمتد إلى سنوات مجهولاً

---

(1) L. Faivre : " Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité " Mélange vincent , 1981,p.193 .
(2) Michel Germond : " L'indemnisation de l'aléa thérapeutique par les compagnies d'assurances " un article dans un ouvrage d'Elie Alfandari " l'indemnisation de l'aléa thérapeutique " 1995 , p.62 .
(3) L. Faivre : " Droit des assurances " éd. 9 , 1995 , p.478 ; " la durée de la garantie ... " op. cit. , p. 15 .

(٤) محسن البيه : " حقيقة أزمة المسئولية المدنية " سالف الإشارة ، ص ٣٧ .

بالنسبة للمضرور. [١]

وقد اعتد المشرع الفرنسى بوقت ظهور الضرر فى تحديد مدة تقادم دعوى المسئولية خارج النطاق التعاقدى حيث نص فى المادة ١/٢٧٠ من التقنين المدنى على أن" دعاوى المسئولية غير العقدية تتقادم بمضى عشر سنوات تحتسب من تاريخ ظهور الضرر أو تفاقمه " .

وعلى ذلك ، فإن مطالبة المضرور بالتعويض على أثر ظهور الضرر ، لا تكون له أهمية فى تحديد تاريخ قيام المسئولية ، وإنما تتبدى أهميته فى قطع مدة التقادم الذى يسقط حق المضرور فى التعويض . [٢]

المرحلة الرابعة : تقدير التعويض l'évalution des dommages-intérêts

ويعتد فى هذا التقدير بتاريخ صدور الحكم بالتعويض ، وذلك لتجنيب المضرور ضعف القوة الشرائية للنقود فى تلك الحالات التى تمتد فيها دعواه لمدة طويلة ، كما أن هذا التاريخ يسمح بتعويض كافة الأضرار التى تكون قد ظهرت حتى يوم صدور الحكم بالتعويض .

وجدير بالذكر ، أن هذا الحكم غير منشئ لحق المضرور فى التعويض ، وإنما هو كاشف عنه ، حيث أن هذا الحق سبق ثبوته من وقت تحقق الضرر . [٣]

---

(١) ومن الأمثلة التى وقعت فى الولايات المتحدة الأمريكية ، حالات تناول العديد من السيدات الحوامل دواءً ضاراً بالأجنة خاصة بالنسبة للجنين الأنثى ، حيث ترتب على ذلك إصابة الكثير من الفتيات اللاتى ولدن لتلك الأمهات بالعقم وسرطان الرحم ، ولم تظهر هذه الأضرار إلا بعد فترة تراوحت بين عشرين وثلاثين سنة ، وقد اعتبرت المحاكم الأمريكية أن تاريخ قيام المسئولية هو تاريخ تناول ذلك الدواء الضار .
L. Faivre : " la durée de la garantie ... " op. cit. , p.14 .

(2) L. Faivre : op. cit. ,p.14 .

(3) Ibid .

حاصل القول أن هذا الإتجاه - فى ضوء تلك المراحل للمسئولية المدنية - يرى وجوب الإعتداد بوقت حدوث الواقعة الضارة كمعيار للكارثة التى يغطيها عقد التأمين من المسئولية ، بحسبها اللحظة التى ينشأ فيها حق المضرور ، وإن كان استيفاء هذا الحق يحتاج إلى خطوة أخرى قد تتأخر قليلا أو كثيرا عن وقت حدوث تلك الواقعة ، هذه الخطوة هى مطالبة المضرور بالتعويض ، وهى لا تدخل فى تحديد وقت تحقق الكارثة التى تكون قد تحققت بالفعل منذ اللحظة التى نشأ فيها حق المضرور .

المطلب الثانى
موقف القضاء من الشروط المحددة لمدة الضمان
(شرط مطالبة المضرور بالتعويض)

<u>١١٩- تمهيـــد :</u>

درج العمل على تحديد مفهوم الكارثة على أنه مطالبة المضرور بالتعويض ، وهو المفهوم الذى يحقق مصلحة شركات التأمين ، ولاشك أن الذى يكشف عن حق المضرور فى التعويض هى تلك المطالبة ، وبدونها يظل هذا الحق كامنا مستترا إلى أن يسقط بالتقادم .

وعلى الرغم من تلك الأهمية التى يمثلها شرط المطالبة بالتعويض ، إلا أن صعوبات عديدة قد نشأت عنه تحد كثيرا من فاعلية الضمان الذى يقدمه عقد التأمين من المسئولية ، وهو ما يتبين من التعرف على مضمون هذا الشرط .

وفى سبيل ذلك يلزم التعرض للشروط التالية :

- شرط وجوب حدوث كل من الضرر والمطالبة بالتعويض خلال مدة الضمان .
- شرط تغطية الوقائع السابقة على العقد التى تكون مجهولة للمؤمن له .
- شرط الضمان اللاحق .

ونتناول تحديد المقصود بكل من هذه الشروط فيما يلى ، و عرض موقف القضاء إزاءها.

١٢٠ - أولاً : شرط وجوب حدوث كل من الضرر و المطالبة بالتعويض خلال مدة الضمان :

يقيد المؤمن ضمانه بمقتضى هذا الشرط ، من ناحية ، فى نطاق الأضرار التى وقعت أثناء سريان العقد فقط ، فلا يضمن تلك الأضرار التى وقعت من المؤمن له فى وقت سابق على إبرام العقد .

ومن ناحية أخرى ، يقصر ضمانه على المطالبات بالتعويض التى تتم أثناء مدة سريان العقد ، فلا يكفى أن يقع الضرر أثناء سريان العقد ، وإنما يجب كذلك أن يقوم المضرور بالمطالبة بالتعويض خلال ذات المدة .

ومما لا شك فيه أن هذا الشرط يحدث ثغرة فى الضمان من حيث الزمان بين عقود التأمين المتعاقبة ، والتى يبرمها المؤمن له فى حالة تغير المؤمن ، فقد يحدث أن يقع الضرر فى ظل العقد الأول ، و لا تتم مطالبة المضرور إلا فى ظل العقد الثانى ، وهو ما يعنى أن يجد المؤمن له نفسه بلا ضمان لأن كلا من العقدين لا يضمن إلا الضرر والمطالبة بالتعويض اللتين تقعان أثناء سريانه . (١)

وغنى عن البيان أن مثل هذا الشرط ينطوى على كثير من الإجحاف خاصة فى مجال التأمين من المسئولية الطبية ، فكثير من الأضرار التى تترتب على النشاط الطبى لا تظهر إلا بعد مضى فترات طويلة قد تتجاوز السنين ، وبالتالى فإن مطالبة المريض بالتعويض لن تتم إلا بعد انقضاء عقد التأمين ، وهو ما يعنى - عملاً - أن كثيراً من تلك الأضرار سيكون بلا ضمان ، وأن هذا العقد الذى أبرمه الطبيب المؤمن له سيصبح لغوًا ،

---

(1) L. Faivre : " droit des assurances " op. cit. ,p.480 .

حيث ستظل مسئوليته قائمة وفقا لقواعد التقادم فى المسئولية المدنية ، فى حين يتلاشى ضمان عقد التأمين بمقتضى هذا الشرط .

بل وقد يحدث أن يسارع المؤمن الذى توجه إليه مطالبة بالتعويض من سلسلة مطالبات محتملة بفسخ العقد ، ويستطيع بذلك التخلص من الإلتزام بالضمان [(١)] ، وهو ما قد يحدث فى بعض الأنشطة الطبية ، كالأضرار التى تقع بسبب إصابة العديد من الأشخاص بمرض ما نتيجة انتقال فيروس معين إليهم عن طريق دم ملوث ، إذ يستطيع المؤمن لدى أول مطالبة له بالتعويض أن يسارع إلى فسخ العقد وتفادى المطالبات المحتملة بعد ذلك عن تلك الأضرار .

<u>١٢١ - تطور موقف محكمة النقض الفرنسية إزاء شرط المطالبة بالتعويض أثناء سريان العقد :</u>

يمكن القول إن القضاء الفرنسى قد مر بثلاث مراحل فى هذا الخصوص ، حيث تدرج من القول بصحة هذا الشرط ، إلى عدم الإحتجاج به ، إلى القضاء ببطلانه ، وهو ما نعرض له فيما يلى :

<u>المرحلة الأولى ـ صحة الشرط :</u>

أكدت محكمة النقض الفرنسية فى العديد من الأحكام [(٢)] خلال هذه المرحلة على صحة الشرط الذى يدرجه طرفا عقد التأمين ويقضى بانقضاء الضمان بانتهاء سريان العقد ، فلا يغطى المؤمن أية مطالبة بالتعويض بعد هذا التاريخ حتى لو كانت هذه المطالبة ترجع

---

(1) L. Faivre : " la durée de la garantie ... " op. cit. ,p. 16 .
(2) cass. civ. 28 oct. 1974, D.1975,p.269,note A. Besson , J.C.P.,1975,II,18086,note Bigot ; cass. civ. 20 nov. 1974 ,R.G.A.T. 1975,p.393 ; cass. civ. 19 juill. 1978,J.C.P.,IV,p.300 , D. 1979, IR,p.194,obs.H.Groutel ; cass. civ. 29 nov. 1979,R.G.A.T. 1980,p.398 ; cass. civ. 20 juin 1979,Bull. civ. juin 1979,no.188,p.151 ; cass. civ. 4 déc. 1984,R.G.A.T. 1985,p. 410,note Viney .

إلى واقعة ضارة تحققت أثناء سريان العقد ، ولذلك كانت تقضى بإلغاء أحكام الإستئناف التى كانت تتجاهل وجود هذا الشرط فى وثائق التأمين ، وقد كان هذا الإتجاه أخذاً من محكمة النقض بمبدأ الحرية التعاقدية لطرفى العقد .

المرحلة الثانية : عدم الإحتجاج بالشرط فى مواجهة المضرور :

أرادت محكمة النقض الفرنسية فى هذه المرحلة أن تواجه المشكلة التى يفرضها شرط المطالبة بالتعويض أثناء سريان العقد ، وأن تعالج ثغرة الضمان التى تواجه المؤمن له لكنها لم تفعل ، حيث اكتفت بأن تقرر عدم جواز الإحتجاج على المضرور بهذا الشرط . (١)

ويرى البعض (٢) - تبريراً لهذا القضاء -أن محكمة النقض كانت تقضى بصحة هذا الشرط باعتباره شرط استبعاد ، أى استبعاد زمنى للخطر exclution temporelles de risque ، وبعبارة أخرى ، تحديد زمنى للضمان ، ومن هنا كان جواز الإحتجاج به فى مواجهة المضرور ، أما فى هذه المرحلة فقد اعتبرت محكمة النقض هذا الشرط بمثابة شرط سقوط clause de déchéance لا يحتج به فى مواجهة المضرور .

والحقيقة أنه يصعب تبرير هذا القضاء (٣) ، فهو من ناحية ، ينطوى على تصور غير صحيح لشرط السقوط ويخلط بينه وبين شرط الإستبعاد ، فالأول - كما سبق القول - (٤) عبارة عن جزاء يوقع على المؤمن له الذى يخل بالتزاماته العقدية ، كما أنه يرد على خطر مغطى بالضمان ، حيث أن التزام المؤمن بهذا الأخير كان ثابتاً وقت تحقق الخطر ، غير

---

(1) cass.1re civ. 22 jan. 1985,R.G.A.T. 1985,p. 410,note Viney , J.C.P. 1985,II,20509,note Durry ; cass. civ. 8 avr. 1987 ,R.G.A.T. 1988,p. 103 ; cass. civ. 20 fév. 1991,R.G.A.T. 1991,p.162 ; cass. civ. 17 avr. 1991,R.C.A. 1991,no.308,obs. Groutel

(2) L. Faivre : " droit des assurances " op. cit. ,no.647,p.482 ; " la durée de la garantie " op. cit. ,p.16 .

(3) H. Groutel : " L'extermination des clauses limitatives dans le temps de la garantie des assurances de responsabilité " R.C.A. fév. 1991,p.1 .

(٤) انظر ما تقدم رقم ١١١ ، ص ٢١٤ وما بعدها .

أن حق المؤمن له فى هذا الضمان يسقط نتيجة إخلال عقدى لاحق على تحقق الكارثة ، فى حين أن الثانى - شرط الإستبعاد - لا يعدو أن يكون تحديدا اتفاقيا لمحل الضمان ، ولذلك فهو يرد على مخاطر مستبعدة أصلا من الضمان ، وبالتالى يحتج به فى مواجهة المضرور، فضلا عن أن السقوط يفترض وقوع خطأ من المؤمن له ، أما المطالبة بالتعويض فهى عمل يصدر عن المضرور .

ومن ناحية أخرى ، فإن هذا القضاء لم يقدم جديدا للمؤمن له الذى سبق أن دفع أقساط التأمين فى مقابل أن يتحمل المؤمن عنه - بشكل حاسم - تبعة المطالبات التى توجه إليه . (١)

المرحلة الثالثة - بطلان الشرط :

فى سبعة أحكام صادرة عن الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٩ ديسمبر ١٩٩٠ قررت هذه المحكمة بطلان الشرط الذى يقصر ضمان المؤمن على المطالبات التى تتم خلال فترة سريان العقد ، ويستبعد - بالتالى - المطالبات اللاحقة على انقضائه .

وقد قررت المحكمة فى حيثيات حكمها أنه " وحيث أن دفع الأقساط يكون عن المدة الواقعة بين بدء سريان العقد وبين انقضائه فى مقابل ضمان الأضرار التى يرجع أساسها إلى فعل وقع أثناء تلك المدة ، وإذا كانت الوثيقة تشترط عدم ضمان الضرر إلا إذا كانت مطالبة المضرور بالتعويض خلال مدة سريان العقد ، فإن هذا الشرط يؤدى إلى حرمان المؤمن له من الإفادة من الضمان بسبب لا يد له فيه ، ومنح ميزة غير مشروعة تفتقر إلى سبب قانونى بالمخالفة لأحكام المادة ١١٣١ من التقنين المدنى إلى المؤمن الذى سبق أن استوفى أقساط التأمين دون مقابل من جهته ، ويتعين القول ، ترتيبا على ذلك ، بإهدار هذا الشرط وبطلانه " . (٢)

(1) L. Faivre : " la durée de la garantie " op. cit. ,p. 17 .
(2) cass. civ. 19 déc. 1990,Bull. civ. ,no.303 ; J.C.P. .1991,II,21656,note Bigot ; D.1992, chron.,p.13,obs. Viney ; R.C.A. 1991,chron. ,p.4 , Groutel ; Risque , avr. juin , 1993,no.14,p.59, Delpoux

ويمكن القول أن هذا الحكم - فى ضوء ما أورده من حيثيات - قد استند إلى الأسس الثلاثة التالية :

١- الإعتداد بتاريخ تحقق الضرر كمعيار لتحديد الكارثة :

وإذا كان الحكم لم يقرر ذلك صراحة ، إلا أن هناك أحكاما أخرى قد قررت صراحة الأخذ بمفهوم الواقعة الضارة كمعيار لتحقق الكارثة . (١)

٢- الأخذ بنظرية السبب فى العقد الملزم للجانبين :

قررت المحكمة فى حيثياتها أن هذا الشرط يؤدى إلى " منح ميزة غير مشروعة تفتقر إلى سبب قانونى بالمخالفة لأحكام المادة ١١٣١ من التقنين المدنى إلى المؤمن الذى سبق أن استوفى أقساط التأمين دون مقابل من جهته " .

والمادة ١١٣١ مدنى التى أشار إليها هذا القضاء تنص على " أن الإلتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب ، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح ، أو على سبب غير مشروع" (٢).

وفى ضوء هذا النص اعتبرت المحكمة أن ما حصل عليه أحد المتعاقدين - المؤمن - يفتقر إلى سبب مشروع ، وقد ذهب الفقه (٣) ، إلى أن الإستناد إلى نظرية السبب لا يكون مقبولا إلا إذا أخذنا بأحكام رد غير المستحق ، بأن يرد المؤمن إلى المؤمن له ما سبق أن تلقاه من أقساط .

---

(1) cass. civ. 3e 18 déc. 1996,R.G.D.A. ,1997,no.1.
(2) Art. 1131 " L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoire aucune effet " .
(3) H. Groutel : op. cit. ,p. 2 .

والواقع أن هذا الرأى لايخلو من وجاهة ، إذ أننا فى هذه الحالة بصدد إحدى حالتى رد غير المستحق ، وهى حالة الوفاء بدين كان مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق .

فهذه الحالة يلزم لقيامها توافر ركنين هما أن نكون بصدد وفاء صحيح بدين مستحق الأداء ، وزوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به . (١)

وهى تصدق بركنيها على المسألة التى نحن بصددها ، فالمؤمن له حين أدى أقساط التأمين كان وفاؤه بها وفاء بدين مستحق عليه ، وسبب هذا الدين هو أن يغطى المؤمن الأضرار التى تقع أثناء سريان العقد ، ولكن لما كان التزام المؤمن بالضمان معلقاً على شرط فاسخ هو أن يطالب المضرور بالتعويض بعد انقضاء العقد - إذ أن حق المؤمن له فى الضمان وهو معلق على شرط فاسخ هو حق موجود ونافذ لكنه معرض للزوال إن تمت مطالبة المضرور بالتعويض بعد انقضاء العقد ، وبعبارة أخرى ، فإن المؤمن يضمن المطالبات بالتعويض ما لم تتم هذه المطالبات بعد انقضاء العقد ، فحينئذ يزول التزامه بالضمان - فإن تحقق هذا الشرط يؤدى إلى زوال حق المؤمن له فى الضمان ، وبالتالى زوال سبب وفاءه بالأقساط ، فيكون من حقه عندئذ أن يسترد ما كان قد وفى به من أقساط لزوال سبب التزامه بها .

وعلى هذا الأساس يمكن تكييف هذا الشرط بأنه شرط فاسخ مخالف للنظام العام أو الآداب يقصد المؤمن من إدراجه أن يتخلص من ضمان بعض الكوارث . (٢)

والأخذ بهذا التكييف يسمح بالقول ببطلان الشرط ذاته ، وبقاء الإلتزام صحيحاً ، ما لم يكن هذا الشرط هو السبب الدافع إلى الإلتزام فيبطل هذا الأخير كذلك .

---

(١) السنهورى : الوجيز ، ص ٥١٩ .

(2) H. Groutel : op. cit. ,p. 2 .

يعد حق المضرور فى التأمين من المسئولية الذى يخوله دعوى مباشرة فى مواجهة المؤمن هو الإعتبار الأساسى الذى قام عليه هذا القضاء ، وذلك على أسباب الإرتباط بين تقادم تلك الدعوى وبين تقادم دعوى المسئولية [1] ، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكم قديم لها إلى القول بهذا الإرتباط ، وذلك لأن " الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن ، وإن كانت تتوقف على وجود عقد التأمين بين المسئول والمؤمن ، وتتم مباشرتها فى حدود هذا العقد ، إلا أنها تجد أساسها فى حق التعويض عن الضرر الذى يقع على عاتق المؤمن له " [2] ، ويترتب على هذا الإرتباط خضوع الدعوى المباشرة للقواعد العامة المقررة فى التقادم ، فيظل بقاؤها مرهوناً ببقاء حق المضرور قبل المؤمن له ، فإذا انقضى هذا الحق انقضت الدعوى المباشرة . [3]

ولا شك فى أن هذا القضاء كان تحولاً هاماً لمحكمة النقض الفرنسية ، وقد سارت على نهجه فى العديد من أحكامها التالية [4] ، مؤكدة بشكل حاسم بطلان الشرط الذى يعلق بها المؤمن ضمانه على حدوث المطالبة بالتعويض من جانب المضرور أثناء فترة سريان

---

(1) L. Faivre : op. cit. ,p. 17 .
(2) cass. civ. 28 mars 1939, D. 1939,I, note Picard ; R.G.A.T. 1939,p.285 .
(٣) السنهورى : الوسيط جـ ٧ ، رقم ٨٦٠ ص ٢١٢٤ ، جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٣٥٢ ، أبو زيد عبد الباقى : " التأمين من المسئولية عن حوادث السير . دراسة مقارنة بين النظامين المصرى والفرنسى " رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ص ٤٤٢ .
(4) cass. civ. 17 avr. 1991, Arg. 1991,p. 2369 ; cass. civ. 3 juin 1992, R.C.A. 1993,no.326 ; cass. civ. 9 mai 1994, Bull. civ. 1994,no.168 ; R.G.A.T. 1994, p. 647,note Bigot ; cass. civ.7 mars 1995, Arg. 12 mai 1995,p. 38 ; cass. civ. 3 oct. 1995,R.G.A.T. 1996,p. 190,note Bigot ; D. 1995,IR,p.223 ; cass. civ. 2 juill. 1996 ,D. 1996,IR,p. 196 .
جدير بالذكر أنه على الرغم من أن محكمة النقض الفرنسية منذ إصدارها هذه الأحكام قد اضطردت على تقرير بطلان الشرط الذى يقصر ضمان المؤمن على المطالبات بالتعويض التى تتم أثناء سريان العقد ، إلا أن الدائرة الثالثة لهذه المحكمة قررت فى حكم لاحق على هذه الأحكام أن الجزاء المترتب على مثل هذا الشرط هو مجرد عدم الإحتجاج به فى مواجهة المضرور دون أن تقرر بطلانه ، حيث قررت بجلاء أنه " فى عقد التأمين من المسئولية لايحتج فى مواجهة الغير المضرور بالشرط الذى يستوجب المطالبة بالتعويض أثناء مدة سريان العقد " .
(Cass. 3e civ., 17 avr. 1991, Bull. civ. III, no. 118, p. 68) .

العقد ، وقد لقى هذا الإتجاه قبولا من جانب الفقه .[1]

١٢٢- ثانياً : شرط تغطية الوقائع السابقة على العقد التى تكون مجهولة للمؤمن له :

ويطلق عليه la clause de reprise du passé inconnu ، ويهدف هذا الشرط إلى تفادى النتائج المجحفة التى يؤدى إليها الشرط السابق ، وبمقتضى هذا الشرط ينسحب الضمان إلى الوقائع السابقة على بدء سريان العقد الثانى ، وبذلك يمكن القضاء على الثغرة التى تحدث فى الضمان نتيجة تطبيق الشرط السابق .

غير أنه يلاحظ أن امتداد الضمان إلى الماضى ليس مطلقاً ، وإنما يشمل فقط تلك الأضرار التى يكون المؤمن له جاهلاً بها وقت إبرام العقد الثانى [1] ، فهذا الشرط يقوم على مبدأ حسن النية من جانب المؤمَن له فى عدم علمه بتلك الأضرار ، وهذا هو أساس امتداد الضمان إلى الماضى .[2]

وبداهة ، لا يكون لهذا الشرط أى أثر إذا كان الضمان الناشئ عن العقد الأول غير مقيد بمدة سريان هذا العقد- أى الأول - ، أى يكون ضمانا غير محدود من حيث الزمان ، وهو فرض قليل الوقوع فى العمل .[22]

١٢٣- ثالثاً : شرط الضمان اللاحق la clause de garantie subséquente :

وفقاً لهذا الشرط يلتزم المؤمن بمنح الضمان للمؤمن له عن الأضرار التى تقع أثناء سريان العقد ، والتى يطالب المضرور بالتعويض عنها بعد انقضاء العقد ، بشرط أن تتم تلك المطالبة خلال مدة محدودة من هذا الإنقضاء .

---

(1) Rémy Raffi : op. cit., p. 248 .
(2) H. Groutel : op. cit., p. 1 ; H. Suguy : op. cit. .p.62 .
(3) L. Faivre : op. cit. ,p. 16 .
(4) H. Groutel : op. cit. ,p. 1 .

والحقيقة أن الضمان الذى يقدمه هذا الشرط محدود دائماً بمدة قصيرة ، قد تكون أشهرا معدودة أو سنة أو نحو ذلك مما تظل المشكلة معه قائمة ، وهى زوال الضمان قبل تقادم دعوى المسئولية التى تظل مصدر تهديد للمؤمن له [1] ، ولذلك لا يمكن اعتبار هذا الشرط - إن إردنا الدقة - امتداداً للضمان ، لأنه فى نهاية الأمر ضمان محدود . [2]

موقف القضاء من هذا الشرط :

قررت محكمة النقض الفرنسية عن طريق سلسلة من الأحكام ، ولنفس الإعتبارات التى قام عليها قضاؤها فى ١٩ ديسمبر ١٩٩٠ ، بطلان هذا الشرط ، وقد صدرت هذه الأحكام بخصوص العديد من عقود التأمين من المسئولية المهنية ، ولئن لم يكن أى من هذه الأحكام قد صدر بمناسبة عقد تأمين من المسئولية الطبية إلا أن هذا العقد لا ينفرد بحكم خاص فى هذا الشأن ، ولذلك يسرى عليه المبدأ الذى قرره هذا القضاء .

وإذا كان حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٨ أبريل ١٩٩٣ [3] قد تعرض لهذا الشرط ولم يقض ببطلانه ، إلا أنه أبطل تعليق هذا الضمان اللاحق على سداد المؤمن له أقساطاً عنه ، ولذا يجدر بنا التعرض لهذا الحكم ومقارنته بقضاء المحكمة ذاتها فى أحكام ١٩٩٠ للوقوف على حقيقة الضمان الذى قرره كل منهما من حيث الزمان .

صدر هذا الحكم بمناسبة عقد تأمين من المسئولية المهنية ، وكان قد أدرج فيه شرط ضمان لاحق ، لمدة ست سنوات من تاريخ انقضاء العقد ، فى مقابل قيام المؤمن له بسداد أقساط عن تلك المدة .

لم يتقدم المضرور بالمطالبة بالضمان إلا بعد عشر سنوات من انقضاء العقد ، فرفض المؤمن الوفاء بالضمان ، وقد كان السؤال الذى يجب أن يعرض له القضاء بخصوص هذا

---

(1) L. Faivre : op. cit. , p. 16 .
(2) H. Groutel : op. cit. , p. 1 .
(3) cass. civ. 28 avr. 1993 , Bull. civ. 1993 , no. 148 ; R.C.A. 1993 , no. 245, obs. H. Groutel .

النزاع هو هل يجوز للمؤمن أن يعلق ضمانه اللاحق على سداد المؤمن له أقساطا عن تلك المدة ؟ .

وقد أجاب حكم الإستئناف عن هذا السؤال بالنفى حيث قرر أنه " وحيث أن أداء الأقساط يكون عن مدة سريان العقد مقابل ضمان الأضرار التى تجد أساسها فى تلك المدة ، فإن الشرط الذى يضعه المؤمن معلقا به إلتزامه بالضمان على أداء أقساطا عن تلك المدة يعتبر شرطا باطلا ، وحيث أن الواقعة التى أثارت ضمان المؤمن قد حدثت أثناء سريان العقد ، فإن الضمان يشملها " .

وقد أيدت محكمة النقض فى ٢٨ أبريل ١٩٩٣ هذا الحكم ، مرددة نفس حيثياته بقولها " وحيث أن المؤمن له قد أدى الأقساط المستحقة عليه أثناء فترة سريان العقد ، فإن المؤمن يلتزم بضمان الوقائع التى يرجع أصلها إلى تلك الفترة ، وبصرف النظر عن سداد المؤمن له أقساط لاحقة " .

وعلى الرغم من أن هذا الحكم قد قام على ذات أساس قضاء النقض فى سنة ١٩٩٠ ، إلا أن هناك اختلافا جوهريا بينهما ، فهما وإن كانا يتفقان فى الإعتداد بالواقعة الضارة التى تحدث أثناء سريان العقد كمعيار للكارثة ، إلا أنهما يختلفان من حيث إن قضاء ١٩٩٠ قرر ضمانا غير محدود من حيث الزمان ، إذ يلتزم المؤمن بتغطية المطالبة بالتعويض أيا كان تاريخها عن الأضرار التى يرجع أصلها إلى فترة سريان العقد ، أما حكم ٢٨ أبريل ١٩٩٣ وإن كان لم يقرر بطلان الضمان اللاحق ، وإنما قرر - فحسب - بطلان تعليق هذا الضمان على سداد المؤمن له أقساط عن فترة الضمان اللاحق ، ومن ثم يلتزم المؤمن بتغطية المطالبة بالتعويض أثناء تلك المدة بصرف النظر عن سداد أقساط عنها .

ويمكن القول - إزاء هذا الإختلاف - أن حكم ٢٨ أبريل ١٩٩٣ بما أقره من ضمان لاحق محدود كان بمثابة تقييد للضمان غير المحدود الذى يؤدى إليه قضاء ١٩٩٠ ، ولذلك بينما لاقى الأول قبولا كبيرا من شركات التأمين ، فإن الثانى لم يلق مثل هذا القبول من تلك

الشركات ، فضلاً عن المؤمن لهم - أصحاب المهن الحرة - الذين يخشون زيادة الأقساط بصورة مذهلة نتيجة هذا الضمان غير المحدود الذى لن تقبله شركات التأمين - بطبيعة الحال - إلا نظير تلك الزيادة ..

وإذا كانت محكمة النقض لم تقض ببطلان شرط الضمان اللاحق فى حكم ٢٨ أبريل ١٩٩٣ ، إلا أنها ما لبثت أن أبطلته بحكمها الصادر فى ٢٣ يونيو ١٩٩٣ ، وعلى الرغم من أن هذا الحكم قد انتهى إلى تقرير ذات المبدأ الذى أرساه قضاء ١٩٩٠ ، وهو بطلان شرط مطالبة المضرور بالتعويض أثناء سريان العقد كشرط لتنفيذ المؤمن التزامه بالضمان ، وهو ما يعنى اتفاقهما فى تقرير ضمان غير محدود من حيث الزمان ، إلا أنه خالفه بوضع قيد على هذا الضمان ، بأن أجاز تحديده إذا كان هناك نص قانونى أو لائحى يقضى بذلك .

المبدأ الذى قرره هذا الحكم ، إذاً ، هو امتداد الضمان ما لم يكن هناك نص قانونى أو لائحى يقضى بخلاف ذلك ، ولا نظن أن هذا القيد القانونى أو اللائحى يرقى إلى حد القول بوجود خلاف فى التوجه بين القضائين ، فكلاهما أقر ذات المبدأ ، وإن كان أحدهما قد قيده بتقييد المشرع له .

وقد صدر هذا الحكم - حكم ٢٣ يونيو ١٩٩٣ - [1] بمناسبة عقد تأمين من المسئولية المهنية ، يتضمن شرطا يحدد الضمان اللاحق بسنة من تاريخ انقضاء العقد مادامت المطالبة بالتعويض عن ضرر يرجع أصله إلى فترة سريان العقد ، غير أن هذه المطالبة لم تتم إلا بعد انقضاء هذه السنة فرفض المؤمن تنفيذ إلتزامه بالضمان ، ولما عرض الأمر على محكمة استئناف باريس قضت فى ٢٧ يونيو ١٩٩١ بعدم حق المضرور فى الضمان .

طعن هذا الأخير فى حكم الإستئناف ناعياً عليه أنه تجاهل أن سداد الأقساط فى فترة سريان العقد إنما يكون مقابل ضمان الأضرار التى يرجع أصلها إلى تلك المدة أياً كان

---

(1) cass. civ. 1re, 23 juin 1993,Bull. civ. 1993,no. 227,p.157 ; Argus 3 juin 1994,p. 15 .

تاريخ المطالبة بالتعويض ، كما أنه خالف نص المادة ١١٣١ من التقنين المدنى التى تقضى بعدم ترتيب أى أثر للإلتزام الذى يقوم على سبب غير مشروع ، الأمر الذى كان يستوجب معه إهدار هذا الشرط .

قضت محكمة النقض برفض الطعن وتأييد حكم الإستئناف ، وقررت صحة شرط الضمان اللاحق حيث أنه " مطابق للقرار اللائحى الصادر فى أول سبتمبر ١٩٧٢ بالتطبيق للمادة ٤٩ من اللائحة رقم ٦٧٨ / ٧٢ الصادرة فى ٢٠ يوليو ١٩٧٢ ، والخاصة بتحديد الضمان من حيث الزمان فى نطاق التأمين الإجبارى من المسئولية المهنية بالنسبة للأشخاص الذين حددتهم هذه اللائحة ، مما يتعين معه القول بأن الحكم المطعون عليه يجد سندا من القانون ، ورفض الطعن الموجه إليه " .

ومن الجدير بالذكر أن الحل الذى جاء به هذا الحكم لا يطبق إلا فى حالة وجود نص قانونى أو لائحى يحدد مدة الضمان ، وهو ما يتحقق كثيرا فى النصوص المنظمة للتأمين من المسئولية المهنية ، وقد توالت أحكام محكمة النقض الفرنسية ، من بعد ، مؤكدة هذا المبدأ . (١)

حاصل القول بوجه عام فيما يتعلق بمدة الضمان :

من خلال ماسبق يمكن تقرير النقاط التالية :

١- أن معيار الكارثة الذى استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية هو الواقعة الضارة - وليس المطالبة بالتعويض - فيغطى عقد التأمين من المسئولية هذه الواقعة حتى لو كانت المطالبة بالتعويض عنها قد تمت بعد انقضاء مدة العقد .

٢- أن المبدأ الذى استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية هو امتداد الضمان - دون التقيد بمدة سريان العقد - ما لم يكن هناك نص قانونى أو لائحى بخلاف ذلك ، وذلك على

---

(1) cass. civ. 4 nov. 1993, R.C.A. 1994,no.103 ; cass. civ. 30 mars 1994, Bull. civ. 1994,no. 119 ; R.G.A.T. 1994, p.666, note Bigot ; R.C.A. 1994, no. 228, chr. Groutel, no. 18 ; cass. civ. 6 déc. 1994, R.C.A. 1995, no. 72 .

خلاف ما كان سائدا قبل قضاء ١٩٩٠ من أن الضمان يمتد مالم يكن هناك شرط صريح فى العقد بخلاف ذلك .

٣- حيث أن التأمين من المسئولية فى المجال الطبى ليس محل تنظيم تشريعى عام [(١)] ، سواء فى مصر أو فى فرنسا ، فإن مدة الضمان فيه تمتد إلى كافة المطالبات بالتعويض - فى حدود مبلغ التأمين - مادامت عن أضرار تجد أصلها أثناء فترة سريان العقد .

٤- يترتب بالضرورة على النقطة السابقة أن مدة الضمان يجب أن تلازم مدة تقادم المسئولية المدنية للطبيب المؤمن له ، سواء كانت هذه المسئولية عقدية أو تقصيرية ، وهو ما يعنى أن الرجوع بالتعويض لن يكون فى مواجهة هذا الطبيب وحده ، وإنما قد يكون فى مواجهة ورثته حال وفاته ، حيث تظل دعوى المسئولية قائمة لوقت طويل . [(٢)]

ويبرر ذلك أن جسامة النتائج التى يمكن أن تترتب على النشاط الطبى تقتضى ألا يتضمن عقد التأمين من المسئولية الطبية أى شرط محدد لمدة الضمان ، ولا يحول دون ذلك انقضاء مدة العقد بأى سبب من الأسباب كوقف الطبيب نشاطه مؤقتا، أو بصفة دائمة ، أو تعديله ، أو فسخ العقد ، أو وفاة الطبيب ، فعقد التأمين يغطى مسئولية الطبيب المؤمن له ليس فحسب عن المطالبات التى تقام أثناء مزاولته لنشاطه ، وإنما - كذلك - فى حالة وقوع أى من الوقائع السابقة ، مادامت الواقعة الضارة التى تستند إليها هذه المطالبات ترجع إلى فترة سريان العقد . [(٣)]

---

(١) سنرى بخصوص التأمين الإجبارى من المسئولية سواء فى مجال نقل الدم أو التجارب الطبية فى فرنسا أن هناك نصوصا قانونية حددت مدة الضمان ، وبالتالى يسرى عليها المبدأ الذى قرره حكم ٢٣ يونيو ١٩٩٣.

(2) C. Sicot et N. Loubry : " Responsabilité médicale en questions " Con. Méd. oct. 1996,p. 14 .

(3) N. Loubry : " Trente ans ... et plus " , Con. Méd. 23 déc. 1995, p. 3581 .

المبحث الثالث

حدود الضمان من حيث القيمة

١٢٤- تمهيد وتقسيم :

عقد التأمين من المسئولية الطبية عقد تعويض ، تسرى عليه أحكام المبدأ التعويضى الذى يميز التأمين من الأضرار بوجه عام ، والذى يندرج التأمين من المسئولية تحت لوائه .

وتقتضى دراسة حدود الضمان من حيث القيمة أن نبحث المقصود بالمبدأ التعويضى الذى يطبق على عقد التأمين من المسئولية الطبية ، وآثار تطبيق هذا المبدأ .

وعلى ذلك فسوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تطبيق المبدأ التعويضى .

المطلب الثانى : آثار تطبيق المبدأ التعويضى .

المطلب الأول
تطبيق المبدأ التعويضى

١٢٥- أولاً : مضمون المبدأ ونطاقه :

[١] مضمون المبدأ :

التأمين من المسئولية - وهو أحد قسمى التأمين من الأضرار- لا يعدو أن يكون عقد تعويض ، الهدف منه جبر الضرر الفعلى الذى يصيب المؤمن له عند تحقق الكارثة ، وذلك فى حدود مبلغ التأمين ، بحيث لا يكون العقد وسيلة للكسب والإثراء ، إذ لا يجوز أن يكون المؤمن له بعد تحقق الكارثة فى وضع أفضل مما كان عليه قبل وقوعها. فهذا المبدأ يقتضى إذاً ، من ناحية ، ألا يستوفى المؤمن له تعويضاً يزيد عن قيمة الضرر الفعلى الذى لحق به ، ولو كان مبلغ التأمين يتجاوز هذه القيمة ، ومن ناحية أخرى ، ألا يحصل على تعويض يتجاوز مبلغ التأمين ، ولو كانت قيمة الضرر الفعلى تزيد عن هذا المبلغ . (١)

وفى مجال التأمين من المسئولية الطبية يمكن القول أن العقد الذى يبرمه الطبيب تأمينا لمسئوليته لا يعدو أن يكون عقداً تعويضياً un contrat indemnitaire ، الهدف منه جبر الضرر الذى يلحقه نتيجة الحكم بالتعويض عليه وذلك - بطبيعة الحال - فى حدود مبلغ التأمين . فالمؤمن يلتزم بالتعويض المستحق على الطبيب المؤمن له ، دون أن يكون التأمين ذريعة لهذا الأخير لتحقيق إثراء ينتهك المبدأ التعويضى الواجب مراعاته .

---

(1) Picard et Besson : " Les assurances terrestrres " 5 éd., 1982, no. 175, p. 289 ; Y. Lambert-Faivre : " Droit des assurances " 9 éd., 1995, no. 523, p. 387 ..
السنهورى : " الوسيط " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، جـ٧ ، رقم ٧٦١ ، ص ١٩٢٣ ، جلال إبراهيم : " التأمين . دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، رقم ١٨٥ ، ص ٢٩٧ ، نزيه المهدى : " عقد التأمين " دار النهضة العربية ١٩٩٨ ، ص ٩٨ ، أبو زيد عبد الباقى : " الصفة التعويضية فى تأمين الأضرار " مجلة المحاماة ع ٧ / ٨ ، س ٥٩ ، ١٩٧٩ ، رقم ٩ ، ص ٨٤ ، محمد إبراهيم الدسوقى: " التأمين من المسئولية " دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، رقم ٥١ ، ص ١٤٠ ، كامران حسن محمد الصباغ : " الصفة التعويضية فى تأمين الأضرار . دراسة فى عقد التأمين البرى " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ٥٦ ، محى الدين المرسى : " المبدأ التعويضى فى التأمين من المسئولية " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ١٩٩٤ ، رقم ٣١ ، ص ٤٩ .

[٢] نطاق تطبيقه :

نصت على هذا المبدأ فى قانون التأمين الفرنسى المادة ١٢١/١ (م ٢٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٣٠) ، حيث قضت بأن " التأمين المتعلق بالأشياء عقد تعويضى ، ولا يمكن أن يتجاوز التعويض الذى يلتزم المؤمن به قيمة الشئ المؤمن عليه وقت وقوع الكارثة ". (١)

وصياغة النص على هذا النحو جاءت معيبة une rédaction maladroitement، restrictive حيث قصرت تطبيق المبدأ التعويضى على التأمين المتعلق بالأشياء دون التأمين من المسئولية ، ولذلك فإنه لا خلاف حول انطباق هذا المبدأ على تأمين الأضرار بوجه عام بما فيه التأمين من المسئولية . (٢)

وفى القانون المصرى ، نصت المادة ٧٥١ من التقنين المدنى على هذا المبدأ بقولها " لا يلتزم المؤمن فى تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يجاوز ذلك قيمة التأمين ". (٣)

المبدأ التعويضى ، إذاً ، هو جوهر التأمين من الأضرار ، ولا خلاف فى ذلك ، وإنما وقع الخلاف حول وجود هذا المبدأ فى التأمين على الأشخاص ، من ناحية ، وحول حدود انطباقه داخل التأمين من الأضرار ، من ناحية أخرى .

أ- الخلاف حول وجود المبدأ التعويضى فى التأمين على الأشخاص :

يذهب رأى فى الفقه (٤) ، إلى تحقق المبدأ التعويضى فى هذا القسم من التأمين - شأنه فى ذلك شأن التأمين من الأضرار - معتمداً فى ذلك إلى أن هذا التأمين يهدف إلى

---

(1) " L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montante de la valeur de la chose au moment du sinistre ".

(2) Lambret –Faivre : op. cit., no. 523 , p.387 .

وفى نفس المعنى ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، هامش رقم ٥ ، ص ٢٩٨ .

(٣) ورغم ورود هذا النص فى سياق الأحكام العامة لعقد التأمين ، إلا أنه لاخلاف حول قصر انطباقه على تأمين الأضرار وحده دون التأمين على الأشخاص . انظر فى ذلك ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، هامش رقم٦ ، ذات الموضع السابق ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، هامش ص ٨٣ .

(٤) أشار إليه أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، رقم ١١ ، ص ٨٧ .

تعويض الضرر الذى يقع بتحقق الخطر المؤمن منه ، تأسيسا على أن الإنسان له قيمة اقتصادية ملموسة ، ولا يحول دون ذلك - لدى هذا الرأى - خاصة فى التأمين على الحياة ، عدم إمكان تحديد الضرر عند إبرام العقد ، مما يضطر المتعاقدان معه إلى تحديد مبلغ جزافى ، يلتزم المؤمن بأدائه عند تحقق الخطر المؤمن منه .

وبالمقابل ، يذهب معظم الفقه (١) - بحق - إلى انتفاء هذا المبدأ عن ذلك القسم من التأمين ، واقتصاره على التأمين من الأضرار .

ويستند هذا الرأى ، أولاً ، إلى أن المبلغ الذى يتحدد كمبلغ تأمين لا يقصد منه أن يكون هو المقابل للضرر الذى سيلحق المؤمن له ، وإنما ينظر إليه على أنه المبلغ الذى يستطيع هذا الأخير أن يدفع أقساطا مقابلة له .

كما يستند ، ثانياً ، إلى أن بعض أنواع التأمين على الأشخاص لا يترتب على تحقق الخطر المؤمن منه أى ضرر ، كتأمين الزواج والتأمين على الحياة لحال البقاء ، ولذلك ، فإن المؤمن له يحصل على مبلغ التأمين كاملاً دون أن يكون فى حاجة إلى إثبات أى ضرر ترتب على تحقق الخطر المؤمن منه .

ويستند هذا الرأى ثالثاً ، وأخيراً ، إلى انتفاء الإعتبارات التى يقوم عليها المبدأ التعويضى عن هذا القسم من التأمين .

فالإعتبار الأول ، وهو قيام احتمال تعمد المؤمن له إحداث الخطر المؤمن منه منتف عن تأمين الأشخاص من أكثر من جهة ، فمن جهة أولى ، من المستحيل أن يتحقق هذا الإحتمال فى بعض صور التأمين على الأشخاص (كالتأمين على الحياة لحال البقاء) ، ومن جهة ثانية ، من المستبعد أن يتعمد المؤمن له إلحاق الأذى بنفسه (بالإنتحار أو تعمد

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٦٩٥ ، ص ١٧٨١ وما بعدها ، حلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٨٢ ، ص ٢٩٣ وما بعدها ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، رقم ١١ ، ص ٨٧ وما بعدها ، كامران الصباغ : المرجع السابق ، ص ١٠٥ وما بعدها .

الإصابة) ، وإن حدث ذلك ، فهناك الإستبعاد القانونى للأخطاء العمدية ، والذى يتأكد معه هذا الإستبعاد ، ومن جهة ثالثة ، وأخيرة ، لا يكون هناك محل للحصول على مبلغ التأمين ، فى حالة التأمين لمصلحة الغير، إن تعمد المستفيد قتل المؤمن له .

أما الإعتبار الثانى ، وهو قيام احتمال المضارية ، فيحول دون تحققه إرتفاع أقساط التأمين .

<u>ب - مدى تحقق المبدأ التعويضى داخل التأمين من الأضرار :</u>

يذهب الرأى الراجح [١] - والذى نؤيده - إلى قصر تطبيق هذا المبدأ فى إطار العلاقة بين المؤمن والمؤمن له ، دون أن يتعدى ذلك إلى العلاقة بين هذا الأخير وبين الغير المسئول عن إحداث الكارثة ، إذ لا يتصور فى الحالة التى يرجع فيها وقوع الكارثة إلى فعل الغير أن تثور مسألة الخشية من إيقاع المؤمن له الخطر عمداً ، ولا الخشية من المضارية على الخطر، وهو ما يتحتم معه القول باستبعاد تطبيق المبدأ التعويضى فى إطار تلك العلاقة ويترتب على ذلك بالضرورة ، أن يستطيع المؤمن له أن يرجع على هذا الغير المسئول ، ويستوفى منه مبلغ التعويض المستحق له نتيجة الفعل الضار، دون أن يكون لهذا الغير أن يدفع ذلك الرجوع بسبق حصول المؤمن له على مبلغ التأمين .

وجدير بالذكر، أن المشرع سواء فى فرنسا (المادة ١٢١ / ١٢ من تقنين التأمين) أو فى مصر (المادة ٧٧١ مدنى) قد خول المؤمن حق الرجوع على الغير المسئول ، وليس هناك ما يمنع من الإتفاق على خلاف ذلك بين المؤمن والمؤمن له ، بحيث يكون لهذا الأخير أن يحتفظ بإمكانية رجوعه على الغير المسئول . [٢]

---

(١) جلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٣٠١ ، انظر كذلك المراجع المشار إليها لديه رقم ٥١١ هامش ٣ .

(٢) انظر فى تفصيل ذلك ، أبو زيد عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ وما بعدها .

١٢٦- ثانياً : الإعتبارات التى يقوم عليها المبدأ التعويضى :

يقوم المبدأ التعويضى على اعتبارين اثنين ، الأول هو خشية تعمد المؤمن له إيقاع الخطر المؤمن منه ، والثانى خشية المضاربة .

ويمكن القول إن التأمين من المسئولية الطبية - وهو عقد تعويضى - لا يجاوز المبدأ التعويضى فيه هذين الإعتبارين .

[١] خشية تعمد المؤمن له إيقاع الخطر المؤمن منه :

لولا أن المبدأ التعويضى يحول دون حصول المؤمن له على تعويض يتجاوز مقدار ما أصابه من ضرر فى حدود مبلغ التأمين ، لأقدم على إحداث الخطر المؤمن منه ، لا سيما وأن هذا الأخير - فى تأمين الأضرار بوجه عام - يمكن أن يقع بفعل إرادى من جانب المؤمن له ، وهو ما يعنى أن فى وسع هذا الأخير أن يحقق إثراءً من وراء عقد التأمين ، وهو ما لا يجوز. (١)

ولا يختلف الأمر فى مجال التأمين من المسئولية الطبية ، حيث أن الخطر المؤمن منه يتوقف تحققه ، غالبا ، - حيث يمكن أن يتحقق الخطر بفعل الغير كالطبيب البديل للطبيب المؤمن له - على الفعل الشخصى للطبيب المؤمن له .

وقد يعترض على هذا الإعتبار من ناحيتين ، الأولى ، أن تعمد المؤمن له إحداث الخطر المؤمن منه ليس مقصوراً على تأمين الأضرار ، وإنما يمكن أن يتحقق كذلك فى تأمين الأشخاص ، وهذا الإعتراض مردود بأن إتلاف المال فى تأمين الأضرار أيسر من إتلاف النفس فى التأمين على الأشخاص . (٢)

---

(1) Picard et Besson : op. cit., no. 176, p. 290 ; Lambert-Faivre : op. cit., no. 523, p. 387
السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٧٦١ ، ص ١٩٢٤ ، حلال إبراهيم : رقم ١٨٦ ، ص ٢٩٩ وما بعدها ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، رقم ١٤ ، ص ٩١ وما بعدها .

(٢) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٧٦١ ، ص ١٩٢٤ ، حلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٨٦ ، نفس الموضع ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ٩٢ ، كامران الصباغ : المرجع السابق ، ص ٧٦ .

والحقيقة أن دفع هذا الإعتراض على هذا النحو، يصدق أساساً على تأمين الأشياء الذى يقع على " مال "، أما فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية، فعلى الرغم من أنه لا يقع على مال، إلا أنه يمكن القول، إن تعمد الطبيب المؤمن له تحقيق الخطر المؤمن منه عمداً أمر ميسر كذلك، بل وقد يقع فى حالات كثيرة، كأن يعمد الطبيب إلى إحداث عاهة مستديمة لشخص - بالإتفاق معه - بهدف إعفاءه من تأدية الخدمة العسكرية، أو أن يعمد الطبيب إلى إزهاق روح مريض شفقة به، إذا كانت حالته ميئوس - طبياً - من علاجها.

أما الإعتراض الثانى، فمؤداه أنه لا محل للخشية من تعمد المؤمن له إتلاف المال، لأنه سيحرم من مبلغ التأمين متى ثبت هذا التعمد فى جانبه، أى تعمد إيقاع الخطر المؤمن منه ويرد على هذا الإعتراض بأنه من غير اليسير إثبات العمد بعد تلف المال.(١)

ويمكن رد هذا الإعتراض، فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية، بأن الطبيعة الفنية للنشاط الطبى، تجعل إثبات العمد فى جانب الطبيب المؤمن له أمراً أكثر صعوبة، بل وقد يتعذر فى غير قليل من الحالات.

[٢] الخشية من المضاربة على وقوع الخطر المؤمن منه :

فالمبدأ التعويضى يحول دون اتخاذ المؤمن له من عقد التأمين وسيلة لتحقيق مغانم، بدلاً من أن يكون آلية تعويض، ذلك أن المؤمن له قد يبرم عقود تأمين بمبالغ طائلة تفوق قيمة الضرر الذى يلحقه، أو أن يؤمن ضد حدوث الأخطار التى لاتتوقف على إرادة الإنسان، وإنما تقع بفعل الإرادة الإلهية كالأمطار والفيضانات، مؤملاً فى تحقيق كسب عند تحقق مثل هذه المخاطر. ففى مثل هذه الأحوال يقف المبدأ التعويضى حائلا دون تحقق ذلك،

---

(١) المراجع المشار إليها فى الهامش السابق، نفس المواضع.

فلا يكون للمؤمن له أن يستوفى من المؤمن سوى ما يعادل ما أصابه من ضرر، بل وقد يبطل العقد فى حالة مغالاة المؤمن له بسوء نية فى تقدير قيمة الشئ المؤمن عليه .[1]

ولم يغب هذا الإعتبار عن أى تطور لحق نظام التأمين ، لئلا يستغل على سبيل المضاربة والمقامرة والإثراء من ورائه[2] ، وعقد التأمين من المسئولية الطبية لا يخرج ، بوصفه عقداً تعويضياً ، فى مراعاة هذا الإعتبار عن الهدف العام لنظام التأمين ، وهو ألا يكون أداة مقامرة ومضاربة .

المطلب الثانى
آثار تطبيق المبدأ التعويضى

١٢٧- تقسيم :

يترتب على تطبيق المبدأ التعويضى فى التأمين من المسئولية أن المؤمن لايضمن سوى قيمة الضرر الفعلى الذى يصيب الذمة المالية للمؤمن له ، كما أن أية وسيلة يمكن أن يكون من شأنها الإخلال بهذا المبدأ تكون واجبة الإهدار أو التنظيم من جانب المشرع بما يتفق مع مقتضى هذا المبدأ .

وعلى ذلك ، فسوف نقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : قاعدة عدم إلتزام المؤمن إلا بقيمة الضرر الفعلى .

الفرع الثانى : التقييد التشريعى لأسباب انتهاك المبدأ التعويضى .

---

(١) ذات المراجع والمواضع المشار إليها فى الهامش السابق .

(٢) جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٨٦ ، ص ٣٠٠ .

الفرع الأول

قاعدة عدم إلتزام المؤمن
إلا بقيمة الضرر الفعلى

١٢٨- الأصـــــــل :

يقتضى تطبيق المبدأ التعويضى أن يلتزم المؤمن بتغطية كل الضرر الذى أصاب المؤمن له نتيجة تحقق مسئوليته ، على أن يكون ذلك فى حدود مبلغ التأمين ، وهو ما يعنى أن إلتزام المؤمن بالضمان يحده حدان ، قيمة الضرر من ناحية ، ومبلغ التأمين من ناحية أخرى .(١)

وانحصار ضمان المؤمن بين هذين الحدين لا يكون إلا حيث يكون التأمين مبرما عن خطر محدود ، أو عن خطر غير محدود وضع المؤمن لإلتزامه فيه حداً أقصى ، حيث يكون مبلغ التأمين محددا بقيمة معينة ، فلا يعوض المؤمن المؤمن له إلا فى حدود هذه القيمة ولو تجاوزت قيمة الضرر مبلغ التأمين ، أما فى الفرض العكسى ، حيث تكون قيمة الضرر أقل من مبلغ التأمين فلا يؤدى المؤمن إلى المؤمن له سوى قيمة هذا الضرر ، ومن ثم يكون التعويض فى حدود أقل القيمتين .(٢)

أما حيث يكون التأمين مبرماً عن خطر غير محدود وبقيمة غير محدودة ، فلا يكون لإلتزام المؤمن من حد سوى قيمة الضرر ، فيلتزم بتعويض المؤمن له عن هذا الضرر مهما

---

(١) جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٨٨ ، ص ٣٠٣ ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، رقم ٢٢ ، ص ٩٨ .

(2) Picard et Besson : op. cit., no. 34

نزيه المهدى : المرجع السابق ، ص ١٠٠ ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٨٨ ، ص ٣٠٣ ، ٣٤٥ ، إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص١٣٠ .

كانت قيمته ، حيث تكون هذه القيمة هى الحد الوحيد لإلتزامه بالضمان . (١)

وترتيباً على ذلك ، ولما كان التأمين من المسئولية الطبية تأمين عن خطر غير محدود ، فإن المؤمن يلتزم بتعويض كل قيمة الضرر الذى يصيب الطبيب المؤمن له ، ما لم يكن قد وضع حداً أقصى لإلتزامه بالضمان ، فينحصر هذا الأخير فى حدود أقل القيمتين قيمة الضرر أو مبلغ التأمين .

ويثور التساؤل عن التاريخ الذى يعتد به فى تقدير قيمة الضرر ؟ .

تاريخ تقدير قيمة الضرر :

أ - بالنسبة لتأمين الأشياء : فى فرنسا ، ووفقا لنص المادة ١٢١ / ١ من تقنين التأمين الفرنسى ، يعتد فى تقدير الضرر بقيمة الشئ المؤمن عليه فى يوم تحقق الخطر المؤمن منه - وتطبيقاً لذلك ، قضى بأنه لا يؤخذ فى الإعتبار عند تقدير الضرر قيمة الشئ المؤمن عليه فى وقت سابق على تاريخ تحقق الخطر المؤمن منه (٢) ، ولا فى وقت لاحق على هذا التاريخ . (٣)

أما فى مصر ، فليس هناك نص خاص يقابل النص الفرنسى . (٤) أما الفقه ، فقد ذهب جانب منه (٥) إلى اعتناق ذات الحل المطبق فى فرنسا ، من أن تقدير الضرر يكون بقيمة الشئ المؤمن عليه وقت تحقق الخطر المؤمن منه .

---

(١) السنهورى : رقم ٧٦١ ، ص ١٩٢٣ ، ورقم ٨٤٠ ، ص ٢٠٧١ ، نزيه المهدى : المرجع السابق ، ص ١٠١ ، حمدى عبد الرحمن وحسن أبو النجا : " مذكرات فى عقد التأمين " ط ١٩٨٦ ، بدون ناشر ، ص ٥٤ ، محى الدين المرسى : المرجع السابق ، ص ٦٧ .

(2) Cass. civ. 1re , 11 mars 1986, R.G.A.T. , 1986, p. 336, note Bigot ; cass. civ. 6 janv. 1993 , R.G.A.T. 1993 ,p. 332, note Kullmann .

(3) Cass. civ. 1re , 11 oct. 1994, R.G.A.T. 1995,p. 43, note Kullmann .

(٤) كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يتضمن نص المادة ١١٠٨ الذى كان يقرر أن " قيمة البدل ، هى قيمة الشئ وقت الحادث "، إلا أنه حذف لتعلقه بجزئيات يحسن تنظيمها بقوانين خاصة (هامش ص ٣٩٢ وما بعدها من مجموعة الأعمال التحضيرية) مشار إليها فى الوسيط ، المرجع السابق ، هامش ص ٢٠١٢ .

(٥) السنهورى : الوسيط ، المرجع السابق رقم ٨١٠، ص ٢٠١١ .

بينما ذهب جانب آخر [١] - بحق - إلى أنه إذا كان الحق فى التعويض ينشأ وقت تحقق الخطر المؤمن منه ، إلا أن تقدير الضرر وقت صدور الحكم بالتعويض - أخذاً بما هو مقرر وفقا لقواعد المسئولية المدنية فى تقدير التعويض -يكون أكثر تناسباً مع الضرر الفعلى الذى ترتب . [٢]

ولا تثور مشكلة إذا بادر المؤمن إلى تعويض المؤمن له بمجرد تحقق الخطر المؤمن منه ، ولكن قد يحدث أن يتراخى المؤمن فى تعويض المؤمن له ، وفى مثل هذه الحالة ، لن تكون قيمة الضرر وقت صدور الحكم هى قيمته وقت تحقق الخطر المؤمن منه لانخفاض القوة الشرائية للنقود ، وهو ما يلحق ضرراً بالمؤمن له ، وهو ما يوجب إلتزام المؤمن بتعويضه بصفة تكميلية ، نتيجة ما بدا من جانبه من تراخ . [٣]

ب - بالنسبة للتأمين من المسئولية : لا تطبق قاعدة التقدير السابقة - الإعتداد بتاريخ تحقق الخطر المؤمن منه - فى نطاق التأمين من المسئولية ، حيث يعتد فى تقدير الضرر بتاريخ صدور الحكم [٤] ، وهو الحل المستقر عليه فى نطاق المسئولية المدنية سواء فى فرنسا [٥] ، أو فى مصر [٦] ، وتبدو أهمية الإعتداد بهذا التاريخ فى حالة تراخى المؤمن فى تعويض المؤمن له ، حيث يلتزم بتعويضه ، نظراً لأن قيمة الضرر يوم النطق بالحكم تكون متجاوزة لقيمته يوم تحقق الخطر المؤمن منه . [٧]

---

(١) أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ٩٩ .

(٢) وهو المبدأ الذى قررته محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها حيث قررت أن " العبرة فى تقدير قيمة الضرر هى بقيمته وقت الحكم بالتعويض ، وليس بقيمته وقت وقوعه ، إذ يلتزم المسئول عن الخطأ بجبر الضرر كاملاً ، ولايكون التعويض كافيا لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر وقت الحكم " نقض ١٩٨٦/١٢/٢٣ ، طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٥٦ قضائية . انظر : عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى :المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ، ١٩٨٨ ، ص ٩٩٣ .

(٣) أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ٩٩ وما بعدها .

(4) Cass. req. 24 mars 1942, J.C.P. 1942, II , p.1973 ; cass. 1re civ. 7 juill. 1993 , Bull. civ. no. 253 .

(5) le Tourneau (Philippe) : " La responsabilité civile " 1972 , no. 692 ; Starck (Boire) : " Droit civil , obligation " t. I , responsabilité délictuelle , 5 éd. 1996 .

(٦) محمد كامل مرسى : " شرح القانون المدنى الجديد " جـ ١ فى مصادر الإلتزام ١٩٧٦ ، رقم ٢٧٦ .

(٧) محى الدين المرسى : المرجع السابق ، ص ٦٦ .

وبناء على ذلك ، تكون العبرة فى تقدير الضرر فى التأمين من المسئولية الطبية بقيمته يوم صدور الحكم بالتعويض ، حيث لا يمكن تحديد قيمة الضرر إلا فى هذا اليوم ، فيلتزم المؤمن بأداءه كاملا مالم يكن هناك حد أقصى اتفاقى لمبلغ التأمين فلا يتعدى التزامه بالضمان هذا الحد .

اثبات قيمة الضرر :

يقع على عاتق المؤمن له اثبات قيمة الضرر الذى لحقه ، ويجوز له الإثبات بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن [1] ، مع ملاحظة أن تعمده الغش والتدليس فى تقدير الضرر يعرضه لجزاء السقوط ، ويستطيع المؤمن إثبات هذا الغش بكافة طرق الإثبات . [2]

ويلاحظ أن تحديد مبلغ التأمين إذا كان من جانب المؤمن له وحده ، فإنه يمثل أقصى إلتزام للمؤمن ، مع الأخذ فى الإعتبار أن هذا التحديد ، وإن كان حجة على المؤمن له ، إلا أنه غير ملزم للمؤمن فى تقدير قيمة الضرر ، ولا يمثل بالنسبة له إلا مجرد قرينة على ذلك . [3]

أما إذا كان تحديد مبلغ التأمين باتفاق الطرفين ، فإنه يعد قرينة غير قاطعة على قيمة الضرر ، ويجوز للمؤمن أن يثبت أن هذه الأخيرة أقل من مبلغ التأمين . [4]

حاصل القول ، أن الأصل هو إلتزام المؤمن بتغطية كل قيمة الضرر فى حدود مبلغ التأمين ، تطبيقا للمبدأ التعويضى فى تأمين الأضرار ، غير أن هناك بعض الإستثناءات ترد على هذا الأصل ، نوردها فيما يلى .

---

(١) أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ١١٧ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١٨ .

(٣) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨١٥ ، ص ٢٠١٨ .

(٤) أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ١٢٠ ، كامران الصباغ : المرجع السابق ، ص ١٨١ وما بعدها .

١٢٩- الإستثناءات :

قد يتفق فى وثيقة التأمين على الخروج عن الأصل المتقدم ، فلا يلتزم المؤمن بتغطية قيمة كل الضرر الفعلى ، وإنما يترك جزء من هذه القيمة يتحمله المؤمن له حتى ولو لم تتجاوز قيمة الضرر مبلغ التأمين .

وتأخذ هذه الإستثناءات إحدى صورتين ، الأولى تتمثل فى شرط عدم التغطية الإجبارى ، أما الثانية فتتمثل فى شرط حد الإعفاء .

وعلى جانب آخر، فإن المؤمن قد لايلتزم إلا بنسبة معينة من قيمة الضرر حتى ولو كانت هذه الأخيرة لاتتجاوز مبلغ التأمين ، تطبيقاً لقاعدة النسبية فى التأمين من الأضرار ، وفيما يلى نعرض لهذه الإستثناءات ، ثم نعرض لقاعدة النسبية ومدى اعتبارها أحد آثار المبدأ التعويضى .

أولاً شرط عدم التغطية الإجبارى clause de découvert :

يقصد بهذا الشرط ، عدم تغطية المؤمن كل قيمة الضرر بحيث يقع على عاتق المؤمن له شخصيا تحمل قدر من قيمة هذا الضرر دون أن يكون له الحق فى إبرام تأمين آخر لدى ذات المؤمن أو غيره لتغطية الجزء غير المغطى بالضمان .[١]

وقد نصت على هذا الشرط المادة ١٢١ / ١ من تقنين التأمين الفرنسى بقولها " من الممكن أن يشترط بقاء المؤمن لهُ مؤمناً لنفسه ، بصفة إجبارية ، مبلغاً أو قيمة معينة ، أو أن يتحمل تخفيضاً يحدد مسبقاً من قيمة التعويض ".[٢]

---

(١) حلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٢٥٨ ، سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٢٢٠ ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ١٢١ .

(2) " Il peut être stipulé que l'assuré reste obligatoirement son propre assureur pour une somme ou une quotité déterminée, ou qu'il supporte une déduction fixée d'avance sur l'indemnité du sinistre " .

وإذا كان هذا الشرط يحقق مزايا عديدة ، حيث يجعل الطبيب المؤمن له أكثر حرصاً على عدم تحقق الخطر المؤمن منه ، كما يترتب عليه خفض قيمة الأقساط التى يلتزم بدفعها نظير تخفيض إلتزامات المؤمن [١] ، إلا أن الفقه يأخذ على هذا النص صياغته المعيبة التى يفهم منها أن بوسع المؤمن له أن يبرم تأميناً آخر من المسئولية ، أو بعبارة أخرى يعيد التأمين réassurance لدى مؤمن آخر عن الجزء الذى لا يتحمله المؤمن ، لأن هذا الفهم تضيع معه الحكمة التى من أجلها وجد مثل هذا الشرط ، وهو أن يتحمل المؤمن له بنفسه ، دون غيره ، جانباً من التعويض . [٢]

وعلى الرغم من أن هذا الشرط يحقق ميزة للمريض ، إلا أنه يعرضه لمخاطر إعسار الطبيب المؤمن له عند رجوعه مباشرة على المؤمن بطريق الدعوى المباشرة ، وقيام هذا الأخير بخصم المبلغ المعين أو النسبة المحددة من مبلغ التعويض ، وهو ما يوسع من الثغرة التى يراد سدها عن طريق إدراج هذا الشرط ، ولذلك يجب أن يكون الجزء غير المغطى من مسئولية الطبيب المؤمن له ضئيلاً لتجنب وقوع مثل هذا الإحتمال . [٣]

ثانياً ـــ شرط حد الإعفاء clause de franchise :

ويقصد من هذا الشرط إعفاء المؤمن من ضمان قدر معين من مبلغ التعويض ، كأن يشترط المؤمن عدم ضمانه مسئولية الطبيب المؤمن له إلا فيما يجاوز مبلغاً معين من المال . [٤]

---

(١) قرب ذلك ، سعد واصف ، رسالته السابقة ، ص ٢٢١ .

(٢) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٧٦٤ ، ص ١٩٢٨ ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، هامش رقم ٣ ص ٢٥٨ ، سعد واصف ، ص ٢٢١ ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

(٣) قرب ذلك ، سعد واصف ، ص ٢٢٢ ، محى الدين المرسى ، ص ٨٢ .

(٤) مثال ذلك ، حد الإعفاء المنصوص عليه من قبل شركة Sou médicale ، وهو ثلاثمائة فرنك فرنسى سواء فيما يتعلق بمسئولية الطبيب المؤمن له عن الأضرار المادية التى تصيب المريض ، أو فيما يتعلق بمسئوليته عن فقد أو تلف شئ من أموال المريض أثناء العلاج ، فلا تلتزم الشركة بالضمان إلا فيما يجاوز هذا الحد (تقرير صادر عن الشركة فى ٢ مارس ١٩٩٨) .

فالغرض من هذا الشرط هو استبعاد الضمان بالنسبة لبعض الكوارث قليلة الأهمية ، بحيث لا ينشغل المؤمن بتغطيتها ، وإنما يغطى فقط الكوارث الكبيرة والمتوسطة .[١]

ويأخذ هذا الشرط إحدى صورتين :

١- شرط الإعفاء البسيط clause de franchise simple :

وبمقتضى هذا الشرط لا يضمن المؤمن مسئولية المؤمن له ما لم تبلغ قدراً أو حداً معيناً ، فإن تجاوزته إلتزم المؤمن بتغطية كل الضرر.

ويعيب هذه الصورة أنها قد تدفع المؤمن له إلى تعمد مضاعفة الخطر المؤمن منه حتى يتجاوز حد الإعفاء ، ويتوصل بذلك إلى إلقاء عبء الضمان كاملا على عاتق المؤمن .[٢]

٢- شرط الإعفاء المطلق clause de franchise absolue :

وبمقتضى هذا الشرط لا يضمن المؤمن مسئولية المؤمن له عن الحوادث الصغيرة التى لا تبلغ قيمتها مبلغا معين ، فإن تجاوزتها ضمنها المؤمن بعد استنزال هذه القيمة منها ، والتى يتحملها المؤمن له .[٣]

ومثال ذلك أن يتفق المؤمن مع الطبيب المؤمن له على عدم ضمان مسئوليته عن الحوادث التى لا تبلغ ثلاثمائة جنيها ، فإن كانت قيمة تلك الحوادث - مثلاً - خمسمائة جنيها تحمل الطبيب الثلاثمائة جنيها الأولى ، وهى حد الإعفاء المطلق ، بينما تحمل المؤمن ما زاد على ذلك .

---

(١) أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

(2) Picard et Besson : op. cit. ,no. 180,p. 295 .

السنهورى : المرجع السابق ، نفس الموضع ، جلال إبراهيم : ص ٢٥٩ ، سعد واصف : ص ٢٢٣ ، كامران الصباغ : ص ١٧١ .

(3) Lambert Faivre : " Assurance de dommages " op. cit.,no. 155, p.11 .

ويهدف هذا الشرط إلى تجنب النقد الموجه إلى شرط الإعفاء البسيط ، حيث لا يكون من مصلحة الطبيب المؤمن له أن يضاعف من الخطر المؤمن منه ، لأنه سيتحمل دائماً - فى ظل شرط الإعفاء المطلق - نسبة من قيمة التعويض .

ويقترب هذا الشرط على هذا النحو من شرط عدم التغطية الإجبارى حيث يظل المؤمن له متحملاً لقدر من التعويض ، إلا أنه يفترق عنه هناك فى أنه يستطيع دائماً - فى ظل شرط حد الإعفاء فى صورتيه - أن يؤمن مسئوليته عن الجزء المكشوف سواء عند ذات المؤمن مقابل قسط خاص ، أو لدى مؤمن آخر . (١)

ثالثاً- حالة تطبيق قاعدة النسبية la régle proportionnelle

المقصود بقاعدة النسبية : تفترض هذه القاعدة أن المؤمن له قد أمن على شئ معين بأقل من قيمته الحقيقية ، وهو ما يطلق عليه التأمين البخس sous assurance ، وتبدو أهمية هذه القاعدة عند وقوع الكارثة ، حيث نكون بصدد أحد فرضين ، الأول هو هلاك الشئ هلاكاً كلياً ، وهنا لاتثور مشكلة لأن الحد الأقصى لإلتزام المؤمن سيكون هو مبلغ التأمين ، والثانى هو هلاك الشئ هلاكاً جزئياً ، وهنا لا يستحق المؤمن له كل قيمة الضرر - على الرغم من أنها تقل عن مبلغ التأمين - وإنما يستحق نسبة من قيمة الضرر تعادل نسبة مبلغ التأمين إلى قيمة الشئ وقت الكارثة . (٢)

ويمكن أن نضرب مثلاً لذلك بالمودع لديه الذى يبرم تأمينا من المسئولية بمبلغ ثلاثة آلاف جنيه عن هلاك الشئ المودع - سيارة مثلاً - والذى تبلغ قيمته ستة آلاف جنيه ، فإذا هلك الشئ المودع هلاكاً كلياً ، فإن المؤمن له - المودع لديه - سيحصل على كل مبلغ التأمين

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٧٦٤ ص ١٩٢٩ ، سعد واصف : ص ٢٢٤ ، حلال إبراهيم : ص ٢٥٨ .

(٢) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٣٢ص ٢٠٥٨ ، نزيه المهدى : المرجع السابق ، ص ١٠٥ ، إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ١٥٠ ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ٩٥ .

أما إذا هلك هذا الشئ هلاكاً جزئياً ، فإن المؤمن له لا يحصل على نصف قيمته ، وهى ثلاثة آلاف جنيه ، وإنما - وتطبيقاً لقاعدة النسبية - يحصل على ما يوازى نصف مبلغ التأمين فقط ، وهو ١٥٠٠ جنيه ، وذلك لأنه لم يبرم التأمين إلا على نصف قيمة الشئ ، على الرغم من أن الضرر لا يزيد عن مبلغ التأمين .

ويمكن التعبير عن هذا المثال حسابياً كالتالى :

$$\text{قيمة الضرر} \times \frac{\text{مبلغ التأمين}}{\text{قيمة الشئ المؤمن عليه}} = \text{مبلغ التعويض}$$

$$٣٠٠٠ \times \frac{٣٠٠٠}{٦٠٠٠} = ١٥٠٠$$

أساس القاعدة :

أ- الأساس التشريعى : نصت على هذه القاعدة المادة ١٢١ / ٥ من تقنين التأمين الفرنسى بقولها " إذا تبين من التقدير أن قيمة الشئ المؤمن عليه وقت الكارثة تتجاوز مبلغ التأمين ، فإن المؤمن له يعتبر وكأنه مؤمناً لنفسه القدر الزائد ، وبالتالى يتحمل نسبة من الضرر ، مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك " .(1)

ب- الأساس الفقهى : يرى الفقه (2) ، أن هذه القاعدة تجد أساسها - إلى جانب الأساس التشريعى - فى فكرة العدالة ، فالقسط لا تتناسب قيمته مع الخطر ، لأن المؤمن له قد أدى أقساطا تعادل نسبة من قيمة الشئ ، فكأنه ترك النسبة المتبقية من قيمته بلا تأمين ، فيكون من العدالة ألا يستفيد من ضمان المؤمن إلا عن النسبة التى أدى أقساط التأمين عنها دون الشق غير المغطى .

---

(1) " S'il résulte des estimation que la valeur de la chose assurée est considéré comme restant son propre assureur pour l'exédent, et supporte en conséquence, une part proportionnelle du dommage, sauf convention contraire " .

(٢) إبرهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ١٥٠ ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٣٥٨ ، سعد واصف ، ص ٢٧٦ .

هل تعد قاعدة النسبية أحد آثار تطبيق المبدأ التعويضى ؟ .

لايمكن اعتبار قاعدة النسبية - بالتحديد المتقدم - أحد آثار أو نتائج المبدأ التعويضى ، وإنما هى بمثابة قيد على هذا المبدأ ، وذلك استنادا إلى أن عدم تطبيق هذه القاعدة لن يترتب عليه إثراء المؤمن له لأنه لن يحصل عند تحقق الخطر المؤمن منه على تعويض أكبر من الضرر الذى أصابه ، وإنما على تعويض يساوى الضرر فقط ، وفى حدود مبلغ التأمين ، هذا فضلاً عن أن اعتبار القاعدة أحد آثار المبدأ التعويضى يؤدى إلى القول بعدم جواز الإتفاق على استبعاد تطبيقها ، وهو- أى استبعاد تطبيقها - أمر استقر الفقه على جوازه .[1]

مجال تطبيق القاعدة :

تطبق قاعدة النسبية أساساً فى مجال تأمين الأشياء ، كما تطبق فى نطاق التأمين من المسئولية متى كان محدودا ، كتأمين المؤمن له من مسئوليته عن هلاك شئ مودع لديه ، حيث تكون المسئولية محدودة بقيمة الشئ المؤمن عليه ، وبالتالى تكون نسبة التعويض تعادل نسبة مبلغ التأمين إلى القيمة الحقيقية للشئ وقت تحقق الكارثة .

أما فى نطاق التأمين من المسئولية غير المحدود فلا مجال لتطبيق قاعدة النسبية ، حيث لا توجد قيمة مقدرة أو قابلة للتقدير ، ولايؤثر فى ذلك أن يكون مبلغ التأمين محددا ، لأن هذا التحديد لا يعبر إلا عن الحد الأقصى للضمان الذى يلتزم به المؤمن عند وقوع الكارثة .[2]

وترتيباً على ذلك ، فإن التأمين من المسئولية الطبية لا تطبق فيه قاعدة النسبية ،

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٣٢ ، ص ٢٠٥٧ ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٣٥٦ ، محى الدين المرسى ، ص ١٠١ .

(٢) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٣٤ ، ص ٢٠٦١ ، أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، هامش رقم ٣٤ ص ٩٥ ، سعد واصف ، ص ٢٧٥ ، كامران الصباغ ، ص ١٩٢ .

حيث يجهل الطبيب المؤمن له - فضلاً عن المؤمن - القيمة الحقيقية للخطر، لأنه لا يعرف تحديدا مدى الضرر ولا مدى التعويض الذى يمكن أن يترتب على نشاطه الطبى ، وهو ما يمكن القول معه أننا لا نجد فى هذا النوع من التأمين من المسئولية قيمة محددة مؤمناً عنها حتى ننسب إليها مبلغ التأمين فنعرف ما إذا كان يقل عنها أم لا . (١)

الفرع الثانى

التقييد التشريعى لأسباب انتهاك المبدأ التعويضى

١٣٠- تمهيد :

إذا كان المبدأ التعويضى فى الشق الإيجابى منه يعنى تعويض كافة الأضرار التى تصيب المضرور فى حدود مبلغ التأمين ، فإنه يعنى فى شقه السلبى عدم تعويض شئ سوى الأضرار rien que le préjudice . (٢)

ولذلك فإن الإفراط فى التأمين excès d'assurance يؤدى إلى انتهاك المبدأ التعويضى فى شقه الثانى ، وذلك لأنه يؤدى إلى حصول المؤمن له على مبلغ تأمين أكبر من الضرر الذى لحقه (٣) ، ويتحقق ذلك فى إحدى صورتين :

أ- التأمين الزائد أو المغالى فيه .

ب - التأمين المتعدد .

---

(١) قرب : Picard et Besson : op. Cit., no. 312 , p. 461 .

وكذلك انظر : إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

(2) Y. Lambert Faivre : " droit des assurances " 9e éd.,1995,p.393 .

(٣) حلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٣٠٤ .

١٣١- أولاً : التأمين الزائد أو المغالى فيه surassurance :

١٣٢- تعريفه :

يكون التأمين زائداً حينما يكون المبلغ المؤمن به ، فى عقد تأمين واحد ، أكبر من قيمة الشئ المؤمن عليه ، أو زائداً على قيمة الضرر ، فى أى لحظة ، ولأى سبب أياً كان à un moment quelconque et pour quelque raison que ce soit (١)، وبعبارة أخرى ، هو الذى يرد على قيمة قابلة للتحديد une valeur d'assurance déterminable ، وتكون القيمة المعلنة فيه أكبر من القيمة الحقيقية للشئ المؤمن عليه .(٢)

١٣٣- نطاقه :

لا مجال لتحقق التأمين الزائد فى نطاق تأمين الأشخاص ، وذلك لانعدام المبدأ التعويضى فى هذا النوع من التأمين ، ومجاله الطبيعى هو تأمين الأضرار ، ولكن لا يعنى هذا أنه يتحقق دائماً فى نطاق هذا الأخير ، فهو يوجد فى تأمين الأشياء لأنه يرد فى هذه الحالة على محل محدد أو مقدر un objet connu ، أو بالأقل قابلاً للتقدير ، أما فى نطاق تأمين المسئولية ، فإنه يلزم التفرقة بين التأمين من المسئولية عن خطر معين أو محدود ، وهذا يتصور فيه التأمين الزائد ، ومثاله تأمين المستأجر من مسئوليته عن حريق العين المؤجرة ، أو المودع لديه من مسئوليته عن سرقة المال المودع لديه . أما التأمين من المسئولية عن خطر غير معين أو غير محدود ، فلا يتصور فيه تحقق التأمين الزائد (٣) ، ومثاله التأمين من المسئولية

---

(1) Picard et Besson : op. cit. p.328 .

انظر كذلك ، السنهورى رقم ٨١٨ ص ٢٠٢٤ ، جلال إبراهيم رقم ١٩٠ ص ٣٠٥ ، أبو زيد عبد الباقى رقم ٤٥ ص ١٢٤ ، إبراهيم الدسوقى ص ١٥٤ ، سعد واصف ص ٢٨٠ .

(2) Y. Lambert : op. cit. no. 536,p.393 .

انظر كذلك ، جلال إبراهيم ، نفس الموضع السابق .

(٣) يرى البعض — Godart et Charmantier — أنه من غير الممكن أن يثور التأمين الزائد فى نطاق التأمين من المسئولية ، سواء كان التأمين واردا على خطر معين ، أو خطر غير معين ، وحجة ذلك ، أنه من المتعذر لحظة إبرام العقد أن يحدد المؤمن له مسئوليته المحتملة التى سيلتزم بها فى مواجهة المضرور ، وهو ما تنعدم معه أسباب المقارنة بين القيمة المؤمن بها وقدر التعويض ، غير أن هذا الرأى يؤخذ عليه تسليمه بإمكان تحقق التأمين الناقص فى مجال التأمين من المسئولية ، وهو ما يلزم معه التسليم كذلك بإمكان تحقق التأمين الزائد . انظر ، سعد واصف ، المرجع السابق ، هامش رقم ١ ص ٢٨١ .

عن حوادث السيارات .[١]

ولما كان التأمين من المسئولية الطبية تأميناً من خطر غير معين أو غير محدود ، فلا يتصور أن يثور بخصوصه التأمين الزائد ، ذلك أنه من المتعذر على الطبيب المؤمن له ، بل وعلى المؤمن ، أن يقدر مسبقاً الخطر المحتمل تحققه ، فالخطر الطبى لا سبيل أمام طرفى العقد إلى تقديره - ولا يتعارض مع ذلك أن يحدد المؤمن حداً أقصى للضمان الذى يقدمه بموجب عقد التأمين - والمؤمن عادة ما ينظر إلى هذا الخطر على أنه خطر سئ un mauvais risque ، أو على أنه - بعبارة أخرى - خطر سئ التقدير un risque mal tarifé ، وهذا ما يحمل الكثير من المؤمنين على العزوف عن ضمان مسئولية الأطباء بخصوص المخاطر الجسيمة التى تنجم عن بعض صور النشاط الطبى بوجه خاص .[٢]

بل إن اتصاف الخطر الطبى بأنه خطر سئ التقدير هو ما حدا بالبعض[٣] إلى إثارة مسألة قابليته للتأمين ، وذلك على أساس صعوبة إجراء الدراسة الإحصائية عليه ، وإن كنا لا نرى محلاً لهذا التساؤل ، فالخطر الطبى تتوافر فيه هذه القابلية[٤] ، فهو كأى خطر آخر ، غير محقق الوقوع ، و قابل للدراسة الإحصائية ، وذلك على الرغم من أنه صعب التقدير le risque médicale est un risque comme un autre , alétoire , statistiquement mesurable même s'il est encore mal connu .[٥]

---

(1) Picard et Besson : op. cit. p.329 .

انظر كذلك ، السنهورى رقم ٨١٩ ص ٢٠٢٥ ، جلال إبراهيم رقم ١٩٠ ص ٣٠٦ ، أبوزيد عبد الباقى رقم ٤٧ ص ١٢٧ . إبراهيم الدسوقى رقم ٥٨ ص ١٥٥ ، سعد واصف ص ٢٨٠ .

(2) Jean Lois Foyix : " difficultes et persectives d'avenir de l'assurance des profession médicales " 1982,p. 11 .

(3) Tunc : " Assurance tous risque médicale " publée dans un ouvrage d'Eck Marcel " le médcin face aux risques et à la responsabilité " p.168 .

وفى ذلك يقول " فينون " أن الخطر الطبى مجرد عن الندرة أو الإستحالة التى تصرف عنه تلك القابلية ، كما أنه ليس من المتعذر إدراج المخاطر ذات الطبيعة الواحدة فى نفس الإحصاء تيسيرا لتقديرها .

(4) Finon : op. cit. p.228 et s.

وفى نفس المعنى ، د .عبد الرشيد مأمون " : التأمين من المسئولية المدنية فى المجال الطبى " دار النهضة العربية ١٩٨٦ ، هامش ص ٦٩ .

(5) Michel Germonde : " op. cit. ,p.58 .

صفوة القول ، أنه لا مجال لتطبيق أحكام التأمين الزائد - كما تنظمها المادة ١٢١ من تقنين التأمين الفرنسى - فى نطاق التأمين من المسئولية فى المجال الطبى ، فطلب إبطال عقد التأمين فى حالة حصول المغالاة بسوء نية ، أو تخفيض مبلغ التأمين فى حالة حصول ذلك بحسن نية ، لا وجه لإعماله فى نطاق هذا التأمين .

١٣٤- ثانياً : التأمين المتعدد assurances multiples ou pluralité d'assurance

١٣٥- تنظيمه :

لما كان قيام المؤمن له بإبرام أكثر من عقد تأمين - بشروط معينة - قد يترتب عليه انتهاك المبدأ التعويضى ، حين يحصل على مبالغ تأمين تتجاوز قيمة الضرر الذى يلحق به ، فيحقق من وراء ذلك إثراء ، فقد عنى المشرع بتنظيم أحكام هذا التأمين بما يحفظ للمبدأ التعويضى هيبته .

ففى فرنسا ، نظمت المادة ١٢١ / ٤ من تقنين التأمين الفرنسى أحكام التأمين المتعدد ، أما فى مصر فلا يوجد نص تشريعى فى هذا الصدد ، وإن كانت هناك نصوص تشريعية كان قد تضمنها المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى (المواد من ١١٠١ إلى ١١٠٣ منه . [(١)]

ويمكن القول أن الملامح الأساسية لهذا التنظيم تتمثل فيما يلى :

١- إلتزام المؤمن له بإخطار كل من المؤمنين المتعددين بإبرام العقود الأخرى .

٢- التمييز بين صورتين للتأمين المتعدد ، الأولى تعرف بالتأمين المتعدد الجمعى assurance multiples cumulative ، وفى هذه الصورة يتجاوز مجموع المبالغ المؤمن بها قيمة الضرر الذى يصيب المؤمن له ، أو قيمة الشئ المؤمن عليه ، وفى هذه الصورة يتعرض المبدأ

---

(١) مشار إلى هذه النصوص عند السنهورى هامش رقم ١ ص ٢٠٣٢ ، هامش رقم ١ ص ٢٠٣٤ ، هامش رقم ١ ص ٢٠٣٨ .

التعويضى للإنتهاك ، والثانية تعرف بالتأمين المتعدد غير الجمعى assurance multiples non cumulative ، وفى هذه الصورة يكون مجموع المبالغ المؤمن بها فى حدود الضرر الذى يصيب المؤمن له ، أو فى حدود قيمة الشئ المؤمن عليه .

٣- التمييز بين فرضين فى حالة التأمين المتعدد الجمعى ، الأول أن يكون هذا التعدد قد تم بسوء نية ، أى توافرت نية التدليس لدى المؤمن له وهو ما يعرف بالتأمين الجمعى التدليسى assurance cumulative frauduleuse ، وفى هذه الحالة يتقرر بطلان ذلك التعدد ، والثانى أن يكون هذا التعدد قد تم بحسن نية، أى لم تكن هناك نية التدليس لدى المؤمن له ، وهو ما يعرف بالتأمين الجمعى غير التدليسى assurance cumulative non frauduleuse ، وفى هذه الحالة تبقى العقود المبرمة صحيحة مع تخفيض مبالغ التأمين إلى الحد الذى يعادل قيمة الضرر الذى يصيب المؤمن له ، ويمكن التمثيل لحالة التأمين الجمعى بحسن نية فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، بقيام الطبيب بإبرام عقد تأمين من مسئوليته عن نشاطه الطبى دون علم منه بسبق إبرام عقد تأمين لحسابه من قبل المستشفى التى يزاول نشاطه فيها ، وفى هذه الحالة الأخيرة (التأمين الجمعى غير التدليسى) تثور مشكلة تقسيم الضمان بين المؤمنين المتعددين la repparition de la garantie entre les assureurs ، وهو ما يختلف من نظام إلى آخر من نظم هذا التقسيم كما سنرى .

وفى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، أحال البند الثامن عشر من وثيقة التأمين من المسئولية ، الخاصة باتحاد المؤمنين فى فرنسا ، إلى الأحكام الواردة فى نص المادة ١٢١/٤ من تقنين التأمين ، وفى ضوء ذلك نتناول أحكام التأمين المتعدد كما تقرره القواعد العامة ، مع تطبيقها فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية .

١٣٦- تعريفه :

هو إبرام المؤمن له أكثر من عقد ، لدى أكثر من مؤمن ، لشئ واحد ، لضمان خطر واحد ، ولتحقيق مصلحة واحدة ، على أن تكون هذه العقود المتعددة قد أبرمت عن نفس المدة وفى مستوى واحد .(١)

وفى ضوء هذا التعريف يتعين للقول بوجود تعدد فى عقود التأمين توافر الشروط الآتية :

١- تعدد المؤمنين pluralité d'assureurs

فلا نكون بصدد تعدد فى عقود التأمين ، لو أن هذه الأخيرة أبرمت جميعا لدى مؤمن واحد ، ولو كانت عن شئ واحد ، وعن خطر واحد ، لتحقيق نفس المصلحة فى وقت واحد ، وفى ذات المستوى ، إذ لاتعدو أن تكون تأميناً زائداً ، منبتة الصلة - بالتالى - بأحكام التأمين المتعدد .

٢- وحدة المحل identité d'objet

بمعنى أن يكون الشئ المؤمن عليه واحداً فى العقود المتعددة ، يستوى فى ذلك أن نكون بصدد تأمين على الأشياء أو تأمين من المسئولية . كالتأمين على ذات العقار لدى أكثر من مؤمن ، وهذا فى التأمين على الأشياء ، أو التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات لدى أكثر من مؤمن على ذات السيارة ، فإذا اختلف محل التأمين انتفى تعدد التأمين .

---

(1)Jérôme Bonnard : " droit et pratique des assurances " 1re édition,1997,p.13

انظر كذلك ، السنهورى : رقم ٨٢٣ ، ص ٢٠٢٨ ، حلال إبراهيم رقم ١٩٨ ص ٣١٨ . وقد أضاف البعض إلى التعريف ضرورة أن يزيد مجموع المبالغ المؤمن بها قيمة التعويض التى سيحكم بها على المؤمن له ، وذلك على أساس القول بأن التأمين المتعدد assurance multiples هو مرادف للتأمين الجمعى assurance cumultative انظر على سبيل المثال أبو زيد عبد الباقى رقم ٥٦ ص ١٣٨ ، سعد واصف ص ٢٨١ . والحقيقة أنه لا تلازم بين كون التأمين متعدداً وبين تجاوز مبالغ تأمين تلك العقود لقيمة التعويض ، إذ أن تخلف هذاالشرط الأخير لا يعنى انعدام التعدد ، ولذلك فإنه إن تحقق هذا الشرط كنا بصدد تأميناً جمعياً assurance multiples cumultative ، أما إذا لم يترتب على التعدد ذلك التجاوز كنا فقط بصدد ما يعرف بتعدد عقود التأمين أو التعدد غير الجمعى assurance multiples non cumultative .

والحقيقة أنه ينبغى التنويه إلى الصياغة المعيبة لنص المادة ١٢١ / ٤ والتى توحى أن تعدد التأمين يقتصر على التأمين على الأشياء ، بحيث أن مجموع مبالغ التأمين قد تزيد عن قيمة "الشئ المؤمن عليه " - متى كان التأمين المتعدد جمعياً - ، وهو ما لا يتلائم مع التأمين من المسئولية الذى لا يرد على" شئ " وإنما هو ضمان الذمة المالية من رجوع المضرور بدعوى المسئولية على المؤمن له ، كما فى حالة رجوع المريض على الطبيب ، ولذلك فإنه نظرا إلى أن النص يطبق على تأمين الأضرار بشقيه ، فقد كان من الأولى أن تأتى الصياغة بصورة أكثر تحديدا .

وفى نطاق التأمين من المسئولية الطبية نكون بصدد تعدد فى عقود التأمين إذا أبرم الطبيب المؤمن له أكثر من عقد تأمين لدى أكثر من مؤمن عن مسئوليته الناشئة عن ذات النشاط ، كالتأمين المتعلق بالأضرار التى تنتج عن استخدام جهاز أشعة معين لدى أكثر من مؤمن ، أو التأمين من المسئولية عن بعض أنواع الجراحة دون البعض الآخر ، كتأمين أخصائى جراحة القلب من مسئوليته عن جراحة الصمامات لدى أكثر من مؤمن ، وكذلك تأمين أخصائى أمراض النساء والولادة عن مسئوليته عن جراحة المنظار لدى أكثر من مؤمن ، ويعد كذلك تعددا فى عقود التأمين لوحدة المحل ، أن يبرم الطبيب أكثر من عقد تأمين من مسئوليته العقدية أو التقصيرية لدى أكثر من مؤمن ، أو أن يبرم تأميناً من مسئوليته القائمة على الخطأ لدى أكثر من مؤمن .

وبالمقابل لانكون بصدد تعدد فى عقود التأمين إذا أمن الطبيب من مسئوليته الناشئة عن استخدام جهاز أشعة معين لدى مؤمن ، وأبرم عقدا آخر يتعلق بجهاز آخر لدى مؤمن ثان ، أو أن يبرم أخصائى القلب تأميناً من مسئوليته عن جراحة الصمامات لدى مؤمن ، وعقدا آخر عن مسئوليته عن جراحة الشرايين التاجية لدى مؤمن آخر ، أو أن يبرم أخصائى أمراض النساء والولادة تأميناً من مسئوليته عن جراحة المنظار لدى مؤمن ، وعقدا آخر عن مسئوليته عن جراحة سرطانات النساء لدى مؤمن آخر ، وكأن يبرم الطبيب تأميناً

من مسئوليته العقدية لدى مؤمن ، وتأميناً من مسئوليته التقصيرية لدى مؤمن آخر، أو أن يبرم تأميناً من مسئوليته الخطئية لدى مؤمن ، وتأميناً من مسئوليته غير الخطئية لدى مؤمن آخر.

٣- وحدة الخطر identité de risque

فلا نكون بصدد تعدد فى عقود التأمين إذا تباينت المخاطر المضمونة بمقتضى تلك العقود ، والمثال التقليدى على ذلك لدى الفقه ، التأمين على سيارة ضد الحريق لدى مؤمن ، وضد السرقة لدى مؤمن آخر، فالخطر فى العقد الأول هو الحريق ، وفى العقد الثانى هو السرقة ، ومن ثم ينتفى تعدد عقود التأمين لتخلف شرط وحدة الخطر .

وفى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ينتفى شرط وحدة الخطر ومن ثم التعدد إذا ما أبرم أخصائى القلب تأميناً من مسئوليته عن حدوث عدوى جراحية أثناء إجراء الجراحة لدى مؤمن ، وأبرم عقداً آخر عن مسئوليته عن حالات عدم كفاءة الصمام الصناعى الذى يقوم بزراعته للمريض ، لاختلاف الخطر فى كل من العقدين عن الآخر .

وبالمقابل يتحقق شرط وحدة الخطر، ومن ثم نكون بصدد تعدد فى عقود التأمين إذا أبرم أخصائى القلب أكثر من عقد تأمين لدى أكثر من مؤمن عن مسئوليته عن حالات حدوث العدوى الجراحية .

ولما كان مجرد الإتحاد العام فى نوعية الوثيقة لا يتحقق به تعدد عقود التأمين ، وإنما يلزم إلى جانب ذلك الإتحاد فى خصوصية الضمان الممنوح بمقتضاها [1] ، فإنه يمكن القول - تأسيساً على ذلك - إن إبرام طبيب التخدير - فى مجال طب التخدير مثلاً - أكثر من عقد تأمين من مسئوليته عن مخاطر التخدير لا يكفى للقول بتحقق وحدة الخطر ومن ثم

---

(١) جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ١٩٨ ص ٣١٨ .

التعدد ، إذ أنه يمكن أن تترتب على التخدير مخاطر متمايزة (حدوث شلل ، وفاة المريض نتيجة توقف القلب عن العمل ، تقرح قرنية العين) ، فهذه النتائج المختلفة والتى يمكن أن تنشأ عن ذات النشاط - التخدير - من المتصور أن يبرم التأمين ضد المسئولية التى قد تنشأ عن كل منها على حدة .

ومن ناحية أخرى ، فإن تعدد وثائق التأمين التى تغطى ذات النتيجة الناشئة عن تحقق الخطر(التخدير) ، يتحقق به التعدد ، ولو كان لكل منها نطاقاً مختلفاً [١] ، ومثال ذلك ، حالة إبرام طبيب التخدير من مسئوليته عن مخاطر التخدير بوجه عام لدى مؤمن ، وتأمينه من مسئوليته عن بعض هذه المخاطر(كمخاطر تخدير العمود الفقرى) لدى مؤمن آخر .

٤- وحدة المصلحة identité d'intérêt

فلا يتحقق تعدد التأمين لو لم تكن العقود المبرمة متعلقة كلها بمصلحة واحدة ، ولو توافرت بقية شروط التأمين المتعدد ، والأمثلة التى يضربها الفقه على ذلك ، الحالة التى يؤمن فيها مالك الرقبة على الشئ ، ويؤمن عليه أيضا صاحب حق الإنتفاع ، وكذلك تأمين المالك على الشئ المملوك له وتأمين المودع لديه من مسئوليته عنه . [٢]

ويمكن التمثيل لهذا الشرط ، فى مجال التأمين من المسئولية الطبية ، بالعقد الذى يبرمه الجراح ضماناً لمسئوليته عن إجراء جراحة معينة ، والعقد الذى يبرمه أخصائى التخدير ضماناً لمسئوليته عن ذات الجراحة . فهنا يتعلق كل عقد بمصلحة مستقلة عن المصلحة التى يتعلق بها العقد الآخر ، ومن ثم لا يكون هناك وجه للقول بالتعدد .

---

(١) المرجع السابق ، رقم ١٩٨ ص ٣١٩ .

(٢) السنهورى : رقم ٨ ، ص ٢٠٢٩ .

ويتصور تحقق وحدة المصلحة ولو كانت عقود التأمين مبرمة من قبل أشخاص مختلفين، وبالتالي يتحقق التعدد، وهذا الفرض يأتي من قيام شخص بإبرام تأمين من المسئولية لحساب شخص آخر، بالإضافة إلى إبرام هذا الأخير تأميناً خاصاً به لجهله بوجود التأمين الأول [1]، ومثال ذلك في نطاق التأمين من المسئولية الطبية، أن يبرم الطبيب عقد تأمين من المسئولية جاهلاً قيام المستشفى الذي يزاول نشاطه فيه بإبرام عقد تأمين آخر لحسابه .

٥ - أن تكون عقود التأمين قد أبرمت عن ذات الفترة simultanéité des assurances

يجب أن تسري العقود المبرمة في نفس الفترة الزمنية حتى يتحقق التعدد، فإذا أبرم عقدان على أساس أن يسري أحدهما بعد انقضاء الآخر فلا نكون بصدد تعدد في عقود التأمين، وإنما نكون بصدد عقود متعاقبة أو متوالية Successives [2]، لا تطبق بشأنها أحكام التأمين المتعدد .

٦ - أن تكون العقود المبرمة عقوداً أصلية garanties conjointes et non subsidiarité

وهو ما يعني ألا يكون سريان أحد العقدين متوقفا على بطلان العقد الآخر أو وقف سريانه أو تخلف المؤمن عن الوفاء بالتزامه [3]، وهو ما يعني أن العقد الثاني عقد احتياطي للعقد الأول، ومن ثم لا يتحقق تعدد التأمين .

كما يعني هذا الشرط ألا يكون سريان أحد العقدين متوقفا على تجاوز الكارثة قيمة العقد الأول، كأن يبرم المؤمن له (الطبيب) عدة عقود تأمين من المسئولية يغطي أولها مسئوليته في حدود خمسة آلاف جنيه مثلاً، ويغطي الثاني مسئوليته فيما يتجاوز خمسة

(١) جلال إبراهيم : رقم ١٩٨ ص ٣٢٠ .

(٢) المرجع السابق، نفس الموضع .

(٣) السنهوري رقم ٨٢٣، ص ٢٠٢٩ .

آلاف جنيه ... وهكذا ، فهذه العقود عقود متكاملة وليست متعددة .

وفى نطاق هذه العقود التكميلية يهدف المؤمن له إلى ضمان الحصول على تعويض كامل عن الضرر الذى ترتب على تحقق الخطر المؤمن منه ، بحيث يقوم المؤمن الأول بأداء إلتزامه ، فإذا لم يكف الضمان بدأ التزام المؤمن الثانى فى الحركة .[١]

والحقيقة أن إدراج المؤمن شرطا فى العقد يقضى بعدم سريان الضمان إلا بصفة تكميلية ، وهو ما يعرف بشرط التعاقب أو التكامل clause de subsidiarité ، كان صحيحاً قبل التعديل الذى أدخله المشرع بقانون ١٣ يوليو ١٩٨٢ على المادة ١٢١ / ٤ ، حيث أبطل المشرع كل شرط اتفاقى يخل بقاعدة تحمل كل مؤمن نصيبه من الضمان فى حدود إلتزامه فى مواجهة المؤمن له على أساس تقسيم هذا العبء بين هؤلاء المؤمنين .[٢]

وقد كان القضاء - فى ضوء ذلك - يقضى بصحة مثل هذه الشروط قبل هذا التعديل التشريعى[٣] ، ثم تحول بعد ذلك نحو القضاء ببطلانها[٤] ،وإن كان بعض الفقه يرى أن هذه الشروط ليست جميعها جديرة بالإهدار ، فكما أن منها شروط سيئة ، فإن منها شروط حسنة .[٥]

١٣٧ - تطبيق قضائى لشروط التأمين المتعدد فى نطاق التأمين من المسـئولية الطبية :

فى حكم على قدر كبير من الأهمية[٦] ، تعرضت محكمة النقض الفرنسية لتحليل

---

(١) أبو زيد عبد الباقى ، ص ١٤٢ .

(2) H. Groutel : " Le sauvetage des " bonnes clauses" de subsidiarité en matière d'assurances cumulatives " R.C.A. août-seP. 1992,p.1 .

(3) cass. civ. 1re,29 oct. 1980,R.G.A.T.,1981, p.181

(4) cass. civ. 1re,29 jan. 1985,R.G.A.T.,1985,p.223 ; cass. civ. 16 juin 1987,Bull. civ.,no.193 , D. 1988,IR,p.150,obs.Groutel ; cass. civ. 22 nov. 1994,Bull. civ.,no. 335 ; cass. civ.1re,19 mai 1992,R.C.A.1992,comm.,p.389 , R.G.A.T. 1992,p.601,note Beauchard .

(٥) انظر فى تفصيل ذلك H. Groutel : op. cit. p.1 et s.

(6) cass. civ. I,25 mai 1992,R.C.A. août-seb.1992,no. 333,p.11,comm.H.Groutel,p.2 .

شروط التأمين المتعدد وتطبيقها فى المجال الطبى ، وعلى الرغم من أن هذا الحكم قد صدر أساساً بناءً على الطعن فى صحة الشرط التكميلى في العقد موضوع النزاع ، إلا أن الحكم المطعون فيه ، ومن بعده حكم محكمة النقض قد تعرضا للعديد من شروط التأمين المتعدد لبيان مدى تحقق هذا الأخير من عدمه .

وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر بشأنها هذا الحكم فى ٢٥ مايو ١٩٩٢ ، فى أنه بمناسبة قيام مسئولية جراح ، أثيرت مسألة توزيع الضمان بين عقدى تأمين ، أحدهما أبرمه هذا الجراح نفسه ، والثانى أبرمته العيادة التى يزاول فيها هذا الجراح نشاطه .

وكان هذا العقد الأخير قد أدرج فيه شرط يقضى بعدم سريان الضمان الناشئ عنه إلا بصفة تكميلية ، وهو ما يعنى استبعاد التعدد بين العقدين .

قضت محكمة استئناف Versailles فى ١٤ سبتمبر ١٩٩٠ باستبعاد ضمان مؤمن العيادة ، وبالتالى تحمل مؤمن الجراح الضمان وحده ، دون إجراء التوزيع الذى يترتب على تحقق التأمين المتعدد .

طعن مؤمن الجراح فى هذا الحكم متمسكاً ببطلان الشرط التكميلى ، ومطالباً بإجراء التوزيع التناسبى بينه وبين مؤمن العيادة ، وقد أقام طعنه على أساس أن " الحكم المطعون فيه استبعد ضمان مؤمن العيادة " GAMF " تطبيقاً للشروط العامة الواردة فى وثيقة التأمين ، والتى تقضى بأن الضمان لا يسرى إلا بصفة تكميلية ، وذلك دون أن يبحث فيما إذا كانت الوثيقتان تضمنان نفس الخطر ، وبالتالى يحميان ذات المصلحة ، هذا فضلاً عن أن المادة ١٢١ / ٤ من تقنين التأمين وكذلك المادة ١٠ من قانون ١٣ يوليو ١٩٨٢ - وحكمهما من النظام العام - لا تجيزان إدراج مثل ذلك الشرط فى وثيقة التأمين ". وتأسيساً على ذلك يكون حكم محكمة الإستئناف قد خالف القواعد المتعلقة بالنظام العام .

وقد قضت محكمة النقض ، حين طعن أمامها فى هذا الحكم ، برفض الطعن ، وذلك على أساس أن " محكمة الإستئناف - وقد فحصت شروط العقد - قد استبعدت ضمان مؤمن العيادة بناء على اختلاف الخطر المؤمن منه فى العقد المبرم بواسطة العيادة عن الخطر المؤمن منه فى العقد المبرم بواسطة الجراح ، فالخطر فى العقد الأول كان حماية عملاء العيادة (المرضى من احتمال عدم كفاية ضمان العقد المبرم بواسطة الجراح) ، أما الخطر فى هذا العقد الأخير فكان (مسئولية هذا الجراح) ، وبناءً على اختلاف الخطر المؤمن منه ينتفى كذلك شرط وحدة المصلحة ، ومن ثم لا يكون حكم محكمة الإستئناف قد خالف قواعد النظام العام حين قضى باستبعاد الضمان " .

١٣٨ - تمييز التأمين المتعدد عن التأمين المشترك أو الإقترانى coassurance

يعتبر التأمين المشترك أو الإقترانى صورة من التأمين المتعدد une forme d'assurance multiples [(١)] ، فهما يتفقان فى أن إبرام كليهما يتم لدى مؤمنين متعددين ، على نفس المحل ، ومن خطر واحد ، ولمصلحة واحدة ، وعن نفس الفترة الزمنية ، وبصورة متساوية أى أن العقود المبرمة كلها عقود أصلية .

غير أنهما يختلفان فى جانب جوهرى وهو أن ضمان كل من المؤمنين المتعددين فى هذه الصورة ينحصر فى نسبة معينة coassurance de quotité أو قدر معين coassurance quanitié، وهو ما يعنى انعدام التضامن بين المؤمنين فى هذه الصورة sans solidarité ، ولذلك فإن هذه الصورة تعرف بالتأمين بالإكتتاب أو التأمين المجزأ حيث يكتتب كل من هؤلاء المؤمنين بجزء فى هذا التأمين ، الأول بالنصف مثلاً ، والثانى بالثلث والثالث بالسدس ،

---

(١) انظر عكس ذلك ، سعد واصف ، المرجع السابق ص ٢٨٢ وما بعدها ، وكذلك أبو زيد عبد الباقى ، المرجع السابق ص ١٤٣ وما بعدها . ويذهب هذا الإتجاه إلى أن التأمين المشترك أو الإقترانى يتميز عن التأمين المتعدد فى أن مجموع المبالغ المؤمن بها فيه لا يتجاوز القيمة المؤمن عليها أو قيمة التعويض الذى سيحكم به على المؤمن له ، وذلك تأسيساً على أن التأمين المتعدد ــ لدى هذا الإتجاه ــ يشترط فيه أن يتجاوز فيه مجموع المبالغ المؤمن بها القيمة المؤمن عليها . ويترتب على هذا النظر من الناحية العملية ، أن التأمين المشترك أو الإقترانى ــ خلافا للتأمين المتعدد ــ لا يمس المبدأ التعويضى ومن ثم لايثير أية مشكلة متعلقة به .

فيكتتب كل منهم بجزء فيه . (١)

ولذلك فإن التأمين المشترك أو الإقتراني يتميز بأن مجموع القيم المؤمن بها لا تتجاوز قيمة التعويض الذي سيحكم به على المؤمن له (٢) ، ولكن هذا لا يعني أن هذا التأمين لا يمكن أن يكون جمعياً ، فهذا متصور حدوثه من الناحية النظرية حيث يمكن أن ينتج عن إبرام الوثائق المتعددة أن يتجاوز مجموع المبالغ المؤمن بها قيمة الشئ المؤمن عليه - وهذا هو السبب الذي من أجله يخضع هذا النوع من التأمين لأحكام الإلتزام بالإخطار المنصوص عليها في المادة ١٢١ / ٤ من تقنين التأمين - ، وإن كان حدوث ذلك من الناحية العملية أمر مستبعد . (٣)

والتأمين المشترك أو الإقتراني لا يلجأ إليه المؤمن له وحده ، وإنما المؤمن كذلك ، ذلك أن هذا التأمين تظهر أهميته في حالة التأمين من المخاطر الإستثنائية les risques exceptionnels (كتلك التي تقع في حالة الحافلات الكبيرة لنقل الأشخاص) ، حيث يعمد المؤمن له إلى إبرام مثل هذا التأمين لضمان تغطية هذه المخاطر تغطية كاملة ، كما يعمد إليه المؤمن الذي لا يستطيع أن يتحمل منفرداً تغطية هذه المخاطر ، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يشترط أن تتعدد وثائق التأمين حيث يمكن للمؤمنين المتعددين أن يبرموا فيما بينهم وثيقة واحدة محدداً بها سلفاً النسبة التي يتحملها كل منهم . (٤)

وإذا كان التأمين المشترك أو الإقتراني يلجأ إليه في حالات المخاطر الإستثائية ، فإنه يمكن القول أن نسبة وقوع مثل هذه المخاطر في المجال الطبي لا تقل - بل قد تزيد - عن الحالات التي يمثل لها الفقه ، وتلك المخاطر في المجال الطبي غالبا ما تنوء بها طاقة

---

(1) Picard ET Besson : op. Cit. n°212,p.337 .

وكذلك السنهوري ، المرجع السابق ،هامش ص ٢٠٣٠ .

(٢) سعد واصف ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢ .

(3) Picard et Besson : op. cit. p337 et s.

(4) ibid. p.338 .

مؤمن منفرد . (١)

وأخيراً ، فإن هذا التأمين يتم عملا فى صورة مبسطة ، حيث يتولى أحد المؤمنين ، ويعرف بالمؤمن المختار l'apériteure ، تنفيذ العقد فى مواجهة المؤمن له (٢) ، فيقوم بقبض الأقساط من المؤمن له ، وأداء التعويض الإجمالى له ، وهو يقوم بهذه المهمة نيابة عن باقى المؤمنين بوصفه وكيلاً عنهم أو فضولياً .(٣)

١٣٩- أحكام التأمين المتعدد :

كما قدمنا فإن هذه الأحكام تتركز فى أمرين : الأول وجوب إخطار المؤمنين بالتعدد ، الثانى تنظيم أحكام هذا التأمين بالنظر إلى صورتيه (جمعى أو غير جمعى) .

١٤٠- أولاً : وجوب الإخطار بوجود التعدد :

١- أساس الإلتزام بالإخطار وأهميته :

يجد هذا الإلتزام أساسه فى نص المادة ١٢١ / ٤ من تقنين التأمين الفرنسى التى تنص على أنه " يجب على من يؤمن لذات المصلحة ضد نفس الخطر لدى أكثر من مؤمن أن يحيط فوراً كل مؤمن علما بالمؤمنين الآخرين " . (٤)

---

(١) وآية ذلك أن كبرى شركات التأمين فى مجال المسئولية الطبية فى فرنسا تتجمع فى مجموعة واحدة تعرف باسم " اتحاد التأمين الطبى المشترك " أو " Groupe des assurances mutulles médicales " وهذا الإتحاد مؤلف من ثلاث شركات ، وهى "Médi-assurances , Mutuelle d'assurances du corps de santé fransais et Le sou médical "

(2) Picard et Besson : op. cit. p.338 .

(٣) سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٣٢٥ .

(4) " Celui qui est assuré auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque, doit donner immédiatement à chaque assureure connaissance des autres assureurs " .

وهذا النص يهدف إلى إحكام تطبيق المبدأ التعويضى ، حيث يحول هذا الإخطار بين المؤمن له وبين انتهاك ذلك المبدأ ، فلا يستوفى من المؤمنين المتعددين تعويضاً إلا فى حدود ما لحق به من ضرر ، ولذلك فإن هذا الإلتزام بالإخطار لا يطبق إلا فى نطاق تأمين الأضرار الذى يخضع للمبدأ التعويضى ، دون تأمين الأشخاص الذى لا وجود لهذا المبدأ فيه .[١]

٢- الملتزم بالإخطار :

كانت المادة ١٢١ / ٤ من تقنين التأمين الفرنسى - قبل التعديل - تنص على أن الملتزم بالإخطار هو " طالب التأمين" celui qui s'assure وهو ما يعنى عدم إلتزام من يبرم التأمين لحسابه - فى حالة التأمين لحساب الغير - بالإخطار رغم كونه مؤمناً له ، ولذلك عدل المشرع عن هذه الصياغة مقررا أن الملتزم بالإخطار هو من كان " مؤمناً له " celui qui est assuré مستجيباً فى ذلك لما كان الفقه متفقاً عليه [٢] ، من أن الإلتزام لا يقع فحسب على طالب التأمين ، وإنما كذلك على المستفيد منه فى حالة التأمين لحساب الغير .

وتطبيقاً لذلك فى مجال التأمين من المسئولية الطبية ، فإنه فى حالة إبرام العيادة أو المستشفى (طالب التأمين) تأمينا لحساب الطبيب (المؤمن له) الذى يزاول نشاطه فيها والذى يكون قد أبرم تأميناً آخر من مسئوليته ، فى هذه الحالة يكون كل منهما ملتزماً بالإخطار عن التعدد ، ويكون هذا الإلتزام بالنسبة للمستفيد من التأمين - الطبيب - من الوقت الذى يعلم فيه بوجود هذا التعدد .

٣- ميعاد الإخطار :

لم تحدد المادة ١٢١ / ٤ الميعاد الذى يجب أن يتم خلاله الإخطار ، لذلك فليس هناك ميعاد خاص لهذا الإخطار [٣] ، فبمجرد علم المؤمن له - فى حالة التأمين لحساب الغير -

---

(1) Y. Faivre : op. cit. no. 542,p.398 .

(٢) حلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٣٢٥ .

(٣) وقد حدد مشروع الحكومة المصرية لهذا الإخطار ميعاد عشرة أيام على الأكثر (السنهورى هامش رقم ٣ ص٢٠٣١) ،من يوم علمه بوجود التعدد (حلال إبراهيم ص ٣٢٧) ، ويرى الأستاذ السنهورى أن هذا الميعاد يبدأ من يوم وقوع تعدد التأمين (الموضع السابق) .

يجب عليه أن يقوم بالإخطار عن وجود التعدد ، أما بالنسبة لطالب التأمين فيجب عليه أن يعلن عن العقود السابقة عند إبرامه للعقد الحالى متى كان يعلم بها ، أما فى حالة عدم علمه بها ، فإنه يلتزم بالإخطار فور علمه ، كما يجب عليه إخطار المؤمنين السابقين بالتعدد فور إبرامه العقد الجديد . (١)

٤- شكل الإخطار :

ليس هناك شكل خاص يجب أن يتم به الإخطار فى القانون الفرنسى (٢) ، فيجوز أن يتم شفاهة ، والغالب أنه يكون بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، وهو الشكل الأكثر تحقيقاً لتيسير الإثبات .

وإخطار المؤمن له عن عقود التأمين السابقة يتم عند إبرام العقد الجديد ، حيث يعتبر أحد البيانات التى يدلى بها المؤمن له فى هذا العقد الجديد ، أما الإخطار عن عقود التأمين اللاحقة فلا يتقيد بشكل معين (٣) ، كما قدمنا .

٥- نطاق الإخطار ومضمونه :

يرى البعض (٤) ، أن الإخطار بوجود التعدد يقتصر على حالة التأمين المتعدد الجمعى حيث تتجاوز مبالغ التأمين فى هذه الحالة القيمة المؤمن عليها ، مما يعرض المبدأ التعويضى للإنتهاك ، بينما يذهب البعض الآخر (٥) إلى - وهو ما نؤيده - أن الإخطار يكون فى

---

(١) السنهورى : رقم٨٢٤ ص ٢٠٣١، حلال إبراهيم ص ٣٢٧ ، أبو زيد عبد الباقى رقم ٦٨ ص ١٤٩ وما بعدها ، إبراهيم الدسوقى ص ١٦١ .

Picard et Besson : op. cit. no. 217,p.346 .

(2) Picard et Besson : op. cit. no. 217,p.346 .

وقد حدد مشروع الحكومة المصرية شكل الإخطار بأن يتم بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول (م ٣٤ / ١ انظر : السنهورى هامش رقم ٢ ص ٢٠٣١) .

(3) ibid. no. 219,p.347 et s.

انظر كذلك السنهورى ص ٢٠٣١ ، حلال إبراهيم ص ٣٢٦ ، أبو زيد عبد الباقى ص ١٥٠ .

(٤) أبو زيد عبد الباقى ، ص ١٤٧ .

(٥) السنهورى ص ٢٠٣١ ، حلال إبراهيم ص ٣٢٥

Picard et Besson : op. cit. no. 218,p.346 .

التأمين المتعدد بوجه عام سواء كان جمعياً أم لا ، وهو ما يتفق مع صياغة نص المادة ١٢١/٤ من تقنين التأمين الفرنسى والتى جاءت عامة دون تفرقة بين عقد وآخر، فالإخطار الهدف منه الإعلان عن وجود التعدد ذاته .

ويلتزم المؤمن له فى الإخطار بأن يعلن عن كل ما يطرأ من جديد على العقود ، خاصة فيما يتعلق بزيادة مبلغ التأمين ، وكذلك اسم المؤمن الجديد ، والإخطار يشمل كافة المؤمنين الحاليين والمستقبلين .

٦- الآثار التى تترتب على الإخطار :

الأثر الأساسى للإخطار هو اعتبار المؤمن له حسن النية ، فيحصل عند تحقق الكارثة على مبلغ التأمين فى حدود ما لحقه من ضرر .

وإلى جانب ذلك يمكن أن يترتب أثر ثانوى فيما يتعلق بعقود التأمين السابقة ، حيث يجوز للمؤمن أن يعتبر تعدد عقود التأمين بمثابة تفاقم للخطر، فيقوم بفسخ العقد ، أو الإبقاء عليه مع زيادة فى القسط . [١]

٧- الآثار التى تترتب على عدم الإخطار :

لم يضع القانون الفرنسى جزاء على عدم الإخطار، وهو قصور من المشرع حيث لا إلتزام بلا جزاء ، على أن الفقه الفرنسى [٢] ، قد ذهب إلى أن عدم الإخطار ليس دليلاً على سوء نية المؤمن له ، ولا يعد هذا الأخير سئ النية إلا إذا صاحب الإخطار ظروف تنبئ عن ذلك ، كأن يغفل فى إخطاره بوقوع الكارثة للمؤمنين المتعددين الإشارة إلى وجود التعدد .

---

(١) جلال إبراهيم ص ٣٢٧ وما بعدها .

Picard et Besson : op. cit. no. 220,p.348 .

(2) Margeat et Favre Rochex : op. cit., p. 228 .

وأمام هذا القصور التشريعي كان طبيعياً أن يحدد كل مؤمن ما يراه من جزاءات ، ولا يخلو ذلك بطبيعة الحال من كثير من التحكم ، وهو ما نراه جلياً ، فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، فيما تضمنه البند الثامن عشر من وثيقة التأمين الخاصة باتحاد المؤمنين GAMM ، والذى ينص على أن " الإخلال بهذه الإلتزامات يمكن أن تفرض عليه الجزاءات المنصوص عليها فى المادة ١٢١ / ٣ الفقرة الأولى ، و عموماً ، تلك المنصوص عليها فى المادتين ١١٣ / ٨ و ١١٣ / ٩ من تقنين التأمين ". (١)

والجزاءات التى يشير إليها هذا النص تتمثل ، أولاً ، فى طلب البطلان والتعويض les dommages et intérêts ، وهو الجزاء المنصوص عليه فى المادة ١٢١ / ٣ ، وهو جزاء مقرر لمواجهة حالة التأمين الزائد أو المغالى فيه التدليسى ، حيث تقرر هذه المادة أنه " إذا وجد تدليس أو غش من أحد طرفي العقد كان للطرف الآخر أن يطلب بطلان العقد والتعويض ".

ويقرر النص – ثانياً – بطلان العقد مع الإحتفاظ بالأقساط nullité du contrat sans restitution des primes ، وهو الجزاء المنصوص عليه فى المادة ١١٣/٨ من تقنين التأمين الفرنسى ، والمقرر لمواجهة حالة الكتمان والكذب العمدى réticences et fausses déclaration intentionnelles فى الإعلان عن بيانات الخطر .

ويقرر النص – ثالثاً أخيراً – تطبيق التخفيض النسبى la réduction proportionnelle ، وهو الجزاء المنصوص عليه فى المادة ١١٣ / ٩ والمقرر لمواجهة حالة الإخلال بحسن نية بالإلتزام بالإدلاء ببيانات الخطر ، وهو ما قرره جانب من الفقه الفرنسى ، وإن كان هذا الجزاء يصعب الأخذ به لصعوبة تحديد القسط المقابل لمثل هذا التفاقم الشخصى للخطر. (٢)

---

(1) " Le manquement à ces obligations peut être sanctionné par les dispositions de l'article L 121-3 alinéa 1 et , plus généralement , par celles prévues aux articles L 113-8 et L 113-9 du code "

(٢) جلال إبراهيم : ص ٣٢٨ وما بعدها

وفضلاً عما تقدم ، فقد ذهب البعض إلى تطبيق جزاء السقوط la déchéance ، غير أن هذا الجزاء وضعه المشرع لمواجهة حالة إخلال المؤمن بالإلتزام بالإعلان عن وقوع الكارثة ، وهو التزام مغاير للإلتزام بالإخطار عن تعدد عقود التأمين ، ذلك أن الإخلال بالإلتزام بإعلان الخطر من شأنه أن يؤثر فى نظرة المؤمن إلى الخطر الذى هو مقدم على تغطيته بالضمان ،بينما لا يعدو الإخطار عن التأمين المتعدد أن يكون وسيلة لتيسير احترام المبدأ التعويضى ، لا يؤدى تخلفها إلى المساس بهذا المبدأ . [1]

والحقيقة أن تباين الجزاءات على النحو السابق - فى مواجهة الإخلال بالتزام واحد - أمر جدير بضرورة التدخل التشريعى ، لأنه من غير المنطقى أن يتفاوت الجزاء على ذات الإلتزام من مؤمن إلى آخر ، وتختلف تبعاً لذلك المراكز التعاقدية للمؤمن لهم من حالة لأخرى .

١٤١ - ثانياً : تنظيم أحكام التأمين المتعدد الجمعى :

١٤٢ -[أ] التأمين الجمعى التدليسى assurance cumultative frauduleuse

ويكون التأمين هكذا إذا قصد المؤمن له من ورائه أن يجنى ربحاً غير مشروع ، بأن يجعل مجموع مبالغ التأمين فى العقود المتعددة تزيد عن قيمة الضرر الذى لحق به . [2]

وقد كان الفقه [3] ، يرى بطلان هذا التأمين ، وذلك فى ظل عدم وجود جزاء قانونى يتضمنه نص المادة ١٢١ / ٤ ، قياساً على الجزاء المقرر للتأمين المغالى فيه التدليسى ، لاتحاد علة البطلان بينهما ، وقد تأكد هذا الجزاء بالتعديل الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٨٢ ، حيث أضاف المشرع ذلك الجزاء إلى النص المذكور .

---

(١) أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، رقم ٦٩ ص ١٥٠ .

(٢) السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٨٢٥ ص ٢٠٣٢ .

(3) Picard et Besson : op. cit. no. 222,p.350 et s.

ويمتد هذا البطلان إلى كافة العقود المتعددة ، دون أن يقتصر على العقد الأخير الذى توافر لدى المؤمن له سوء النية بصدده ، ويبرر ذلك من ناحية ، اتحاد الحكم بين التأمين الجمعى التدليسى وبين تأمين المغالاة التدليسى ، ولما كان بطلان هذا الأخير يشمل العقد بأكمله ، فكذلك يجب أن تبطل العقود المتعددة جميعا فى حالة التأمين الجمعى التدليسى ، ومن ناحية أخرى فإن العقود الأخيرة إذا نظر إليها بمعزل عن العقود الأولى لصحت ، إذ أن البطلان لم يلحقها إلا بسبب اجتماعها مع العقود الأخرى ، وهو ما أدى إلى تجاوز مجموع مبالغ التأمين لمقدار الضرر ، ومن ثم فإن البطلان يجب ألا يتجزأ ، بل ينسحب على كافة العقود . (١)

ويجب لتقرير هذا البطلان أن يثبت المؤمن غش المؤمن له ، يستوى فى هذا الإثبات أن يكون قبل تحقق الخطر أو بعده ، ويترتب على ذلك البطلان ألا يلتزم بدفع مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر ، ويستبقى الأقساط التى قبضها كما يمكنه أن يطالب بالأقساط اللاحقة على سبيل التعويض (٢) ، ويلاحظ أن استمرار المؤمن فى تحصيل الأقساط - رغم علمه بتعدد عقود التأمين - قد يعد تنازلاً من جانبه عن التمسك بالبطلان أو على الأقل عن المطالبة بالتعويض . (٣)

١٤٣ - ب] التأمين الجمعى غير التدليسى assurance cumulative nonfrauduleuse

ويكون التأمين هكذا متى كان المؤمن له حسن النية ، أو لم يستطع المؤمن أن يثبت خلاف ذلك ، وحينئذ تكون كافة العقود المتعددة صحيحة ، على ألا يزيد مجموع ما يحصل عليه المؤمن له من هذه العقود عن قيمة الضرر الذى أصابه تطبيقاً للمبدأ التعويضى . (٤)

---

(1) Ibid .

انظر كذلك ، السنهورى ، رقم ٨٢٥ ، ص ٢٠٣٣ ، جلال إبراهيم ، رقم ٢٠٣ ص ٣٣١ ، أبو زيد عبد الباقى ، رقم ٧٥ ص ١٥٩ .

(٢) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٢٥ ص ٢٠٣٣ . وقد ذكر فى هذا الموضع أن مشروع الحكومة المصرية قد قرر تلك الأحكام فى المادة ٣٤ / ٢ و ٣ منه .

(٣) جلال إبراهيم ، ص ٣٣٢ .

(4) L. Faivre : op. cit. no. 544,p.400 ; Picard et Besson : op. cit. no. 223,p.351 .

السنهورى رقم ٨٢٦ ص ٢٠٣٤ ، جلال إبراهيم رقم ٢٠٤ ص ٣٣٢ ، أبو زيد عبد الباقى رقم ٧١ ص ١٥١ .

ولذلك فإن قيمة الضمان توزع بين المؤمنين المتعددين على أساس قاعدة التخفيض النسبى la réduction proportionnelle ، وذلك بأن يتحمل كل منهم نسبة من تلك القيمة تعادل النسبة بين مبلغ التأمين المؤمن به لديه إلى مجموع مبالغ التأمين المؤمن بها .[١]

وتطبق هذه القاعدة عن طريق أحد نظم ثلاث ، وهى نظام التوزيع التناسبى ونظام التضامن بين المؤمنين ونظام أسبقية التاريخ ، ويكون ذلك على الوجه الآتى :

١ - نظام التوزيع التناسبى système de la repartition proportionnelle

وفقاً لهذا النظام يلتزم كل مؤمن من المؤمنين المتعددين بمبلغ تعويض أقل من المبلغ المؤمن به لديه ، ويكون هذا المبلغ محددا على أساس التناسب بين المبلغ المؤمن به لديه إلى مجموع المبالغ المؤمن بها .[٢]

وفى هذا الصدد يثور التساؤل عن التاريخ الذى يعتد به عند تحديد هؤلاء المؤمنين المتعددين . ولأن تحديد هذا التاريخ تتعلق به مصالح متعارضة ، فقد كان طبيعياً أن تأتى الآراء التى تحدده معبرة عن تلك المصالح .

فالمؤمنون من جهة - تحقيقاً لمصالحهم - يرون أن هذا التاريخ هو تاريخ نشأة التعدد أو تاريخ قيام المؤمن له بالإخطار ، وهذا الإتجاه بلا شك يحمل المؤمن له تبعة تعرض أى من العقود المتعددة للوقف أو الإبطال أو الفسخ أو تعرض أحد المؤمنين للإفلاس - وكل هذا متصور حدوثه فى الفترة الواقعة بين التاريخ إلى تاريخ إجراء التوزيع - ، ففى كل هذه الحالات يجد المؤمن له نفسه وقد تحمل نصيب المؤمن فى التعويض .

---

(1) Picard et Besson : op. cit. no. 224,p.352 ; L. Faivre : op. cit. no. 546,p.401; Jérôme Bonnard : op. cit. no. 788,p.221 .
حلال إبراهيم رقم ٢٠٦ ص ٣٣٤ ، أبو زيد عبد الباقى رقم ٧١ ص ١٥١ ، سعد واصف ص ٢٨٥ .

(٢) ويضرب الأستاذ السنهورى مثالاً على ذلك (رقم ٨٢٦ ص ٢٠٣٥) بأنه إذا افترضنا وجود ثلاثة مؤمنين ، ومبالغ التأمين على التوالى هى ٣٠٠٠ و ٢٠٠٠ و ١٠٠٠ ، وقيمة الشئ المؤمن عليه وقت تحقق الخطر هى ٣٦٠٠ ، فإن المؤمن له لا يتقاضى أكثر من ٣٦٠٠ قيمة الخطر المتحقق ، ويكون اعمال نظام التوزيع التناسبى بين المؤمنين الثلاثة كالتالى : مقدار التعويض المستحق على كل مؤمن = المبلغ المؤمن به لديه ÷ مجموع المبالغ المؤمن بها × الضرر ، وبناء على ذلك يلتزم المؤمن الأول بمبلغ ١٨٠٠ ، والثانى بمبلغ ١٢٠٠ ، والثالث بمبلغ ٦٠٠ .

ومن جهة أخرى ، يفضل الفقه - بحق وتحقيقاً لمصلحة المؤمن لهم - أن يعتد بتاريخ تصفية الكارثة jour du réglement de sinistre ، وأساس ذلك يكمن فى الغاية من المبدأ التعويضى ، وهى حصول المؤمن له على مبلغ التأمين فى حدود ما يجبر الضرر الذى لحق به ، دون أن يكون ذلك المبدأ ذريعة يستند إليها المؤمنون للتحلل من بعض التزاماتهم ، فكل من هؤلاء يظل ملتزما فى مواجهة المؤمن له " بكل " ما التزم به بمقتضى العقد وفى حدود ما يفرضه المبدأ التعويضى ، وفى حالة تعرض أحدهم للإفلاس أو تعرض أحد هذه العقود للوقف أو الإبطال أو الفسخ - وتبين ذلك يوم تصفية الكارثة سواء كان ذلك سابقا أو لاحقا على وقوع الكارثة - فلا يعنى هذا أن المؤمن له هو الذى يتحمل تبعة هذا ، وإنما يتم إجراء التوزيع بين المؤمنين الباقين دون أن يوضع ذلك المؤمن فى الإعتبار ، فيدفع كل منهم ، فى حدود المبلغ المؤمن به لديه ، نصيبه فى مقدار الضرر الذى لحق المؤمن له .[1]

وإجراء التوزيع النسبى يختلف فيما إذا كنا بصدد تأمين من المسئولية [2] ،عن خطر محدود أو عن خطر غير محدود ، وقد يتحقق التعدد ، كذلك ، بين عدة عقود بعضها من خطر محدود والبعض الآخر من خطر غير محدود .[3]

أ- التأمين من المسئولية عن خطر محدود أو معين :

وهو التأمين الذى يرد على قيمة مقدرة أو قابلة للتقدير ، والخطر معين هنا لأن التعويض الذى سيرجع به المضرور على المؤمن له محدد بقيمة الشئ المؤمن من المسئولية عن فقده أو هلاكه ، كتأمين المستأجر عن حريق العين المؤجرة . ولاتثور بشأن هذا التأمين مشكلة إذ تطبق عليه قاعدة التوزيع النسبى على النحو الذى رأينا - وهو ما ينطبق على تأمين الأشياء - فى أن المؤمن له يحصل على التعويض المستحق ، بحيث لا يتجاوز مجموع مبالغ

---

(١) جلال إبراهيم ، رقم ٢٠٨ ص ٣٣٧

(٢) ولن نعرض لإجراء التوزيع النسبى فى حالة التأمين على الأشياء لخروج ذلك عن نطاق البحث فى التأمين من المسئولية

(٣) نعتقد أن إطلاق تعبير التأمين " غير المحدود " أدق من تعبير " غير المحدد " والذى يفضله معظم الفقه . انظر فى تبرير ذلك د. جلال إبراهيم ، هامش رقم ١ فقرة ٢١٣ ص ٣٤٦

التأمين المؤمن بها قيمة الضرر الذى أصابه .[١]

وهذا النوع من التأمين لا يصدق - كما قدمنا[٢] - على التأمين من المسئولية الطبية الذى لايمكن سلفاً تحديد قدر التعويض الذى سيرجع به المريض على الطبيب المؤمن له .

ب ـ التأمين من المسئولية عن خطر غير معين أو غير محدود :

ويكون التأمين هكذا عندما لا توجد للخطر قيمة محددة ، وبالتالى يتوقف قدر التعويض الذى يستحقه المضرور فى مواجهة المؤمن له على مدى الأضرار التى ستنشأ عن قيام المسئولية ، وهو ما يعنى أنه من غير الممكن مسبقاً العلم بمقدار هذا التعويض الذى سيلتزم به المؤمن له ، ولا يحول دون ذلك أن يكون المؤمن قد وضع فى العقد حداً أقصى لإلتزامه بالضمان .[٣]

ولذلك فإنه إذا أبرم طبيب عقد تأمين من المسئولية ، فليس من الممكن تحديد الأضرار التى ستنشأ عن تحقق مسئوليته ، والتى تتمثل فيما يرجع عليه به المريض أو ورثته ، حتى لو كان المؤمن قد اشترط حداً أقصى لضمانه .

ويثير هذا النوع من التأمين مشكلة إجراء التوزيع النسبى بين المؤمنين ، وذلك لأن إعمال هذه القاعدة يفترض تجاوز مجموع مبالغ التأمين المؤمن بها لقيمة الأضرار التى تلحق بالمؤمن له ، ولما كانت هذه الأخيرة غير محددة فلا يكون هناك محل لإعمال تلك القاعدة ، إذ لا تناسب بين قيم غير محددة .

---

(1) Picard et Besson : op. cit. no. 227,p.355 .
السنهورى ، هامش ١ ص ٢٠٣٦ ، جلال إبراهيم رقم ٢٠٩ ص ٣٣٨ ، أبو زيد عبد الباقى رقم ٧٣ ص ١٥٤ ، إبراهيم الدسوقى ص ١٦٤ .

(٢) انظر ما تقدم رقم ٨ ، ص ١٤ وما بعدها .

(3) Picard et Besson : op. cit. no. 228,p.356 .

وهذا التحليل هو ما يؤيده - بحق - جانب من الفقه سواء فى فرنسا [1] أو فى مصر [2] ، حيث يستبعد حكم المادة ١٢١ / ٤ من تقنين التأمين الفرنسى ، ويجرى التوزيع بين المؤمنين المتعددين على أساس القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١٢٢٠ من التقنين المدنى الفرنسى ، فيعتبر المؤمنون المتعددون مدينين بالتضامن des débiteurs in solidum ، فى مواجهة المؤمن له ، وبالتالى يكون كل منهم ملتزما بتعويضه عن كل الضرر ، والوفاء الذى يتم من أحدهم يبرئ ذمة الباقين ، وفى نطاق العلاقة بينهم يتم تقسيم التعويض بالتساوى بينهم بما لا يتجاوز الحد الأقصى الذى يكون كل منهم قد اشترطه فى وثيقته ، وإلا تم توزيع النسبة الزائدة بين الجميع بالتساوى .

وعلى خلاف ذلك يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الرأى السابق لا يأخذ فى اعتباره القواعد الخاصة للتأمين ، بل هو - وعلى خلاف القواعد العامة - يفرض أعباء متساوية على مؤمنين ذوى التزامات متباينة ، ومن ثم يرى هذا الرأى وجوب الأخذ بحكم المادة ١٢١ / ٤ باعتبارها الشريعة العامة فى نطاق عقود التأمين ، يستوى فى ذلك أن يكون هذا الحكم صريحاً أو مستنتجاً من روح التشريع ، وبالتالى يجب تطبيقها على كافة عقود التأمين . [3]

جـ ـ اجتماع تأمين محدود وتأمين غير محدود :

قد يحدث أن تتعدد عقود التأمين فيكون بعضها محدودا والبعض الآخر غير محدود ، كأن يبرم عقدا تأمين من المسئولية أحدهما محدودا بمبلغ ١٠٠٠ جنيه والآخرغير محدود ، وهذه الحالة لم يضع المشرع الفرنسى حكماً لها ، وقد اختلفت آراء الفقه إزاءها حول كيفية توزيع الضمان بين المؤمنين المتعددين ، و يمكن رد هذه الآراء إلى ثلاث :

---

(1) Mazeaud :" Responsabilité civile " 6e éd,1983,no. 2667-4 .

(٢) جلال إبراهيم ، رقم ٢٠٩ ص ٣٣٩ ، سعد واصف ، ص ٢٨٨ .

(3) Picard et Besson : op. cit. no. 228,p.357 .

أبو زيد عبد الباقى ، ص ١٥٥

الرأى الأول :

ويذهب إلى أن المؤمن بقيمة غير محدودة يجب عليه أن يتحمل مبلغ التعويض كاملاً [1] وقد انتقد هذا الرأى ، من ناحية ، لتنافيه مع العدالة بتحميله مؤمن المسئولية غير المحدودة بكل التعويض دون مؤمن المسئولية المحدود ، وتجاهله - من ثم - وجود تعدد فى عقود التأمين ، ومن ناحية أخرى ، ولأن التأمين غير المحدود يقوم فى الواقع على وجود مبلغ تأمين مرتفع وهو الذى تم على أساسه تحديد مقدار القسط . [2]

الرأى الثانى :

ويذهب إلى إجراء التوزيع النسبى على أساس تحديد إلتزام مؤمن المسئولية غير المحدودة بقيمة الضرر الناجم عن الكارثة ، وتطبيقاً لذلك ، لو افترضنا [3] ، وجود ثلاثة عقود كالتالى ، أولها محدود بمبلغ ٥٠٠ جنيه ، والثانى محدود بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، والثالث غير محدود ، وقدر التعويض بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، فإن التوزيع النسبى يجرى على النحو التالى :

التزام مؤمن المسئولية المحدودة الأول - $\frac{٥٠٠ \times ٢٠٠٠}{٣٥٠٠}$ - ٢٨٥

التزام مؤمن المسئولية المحدودة الثانى - $\frac{١٠٠٠ \times ٢٠٠٠}{٣٥٠٠}$ - ٥٧١

التزام مؤمن المسئولية غير المحدودة - $\frac{٢٠٠٠ \times ٢٠٠٠}{٣٥٠٠}$ - ١١٤٤

ويعيب هذا الرأى أنه يؤدى إلى تحميل مؤمن المسئولية المحدودة بتعويض أكبر مما يتحمله مؤمن المسئولية الغير محدودة ، وذلك فى حالة ما لو كان مقدار التعويض أقل من مبلغ التأمين المؤمن به لدى مؤمن المسئولية المحدودة [4] ، فلو افترضنا أن مبلغ التعويض

---

(1) Freund : " La double assurance dans l'assurance responsabilité en droit comparé " R.G.A.T. 1937,p.205 .

أشار إليه أبو زيد عبد الباقى ، المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٢) حلال إبراهيم ، رقم ٢٠٩ ص ٣٣٩ .

Picard et Besson : op. cit., no. 228, p.358 .

(3) Note AGSAA " Nouveau regime de reglement des assurances cumulatives " L'ARGUS 17 sep. 1982,p.2072 .

(4) Picard et Besson : op. cit., p.358 .

حلال إبراهيم ص ٣٣٩ ، أبو زيد عبد الباقى ص ١٥٧ ، سعد واصف ص ٢٨٩ ، كامران الصباغ ص ٢٧٣ .

فى المثال السابق كان ٥٠٠ جنيه ، وهو مبلغ أقل من مبلغ التأمين المؤمن به لدى مؤمن المسئولية المحدودة الثانى ، فإن معنى ذلك أن التأمين غير المحدود قد تحدد بتلك القيمة (٥٠٠ جنيه) .

وبإجراء التوزيع يلتزم مؤمن المسئولية المحدود الأول بمبلغ ١٢٥ جنيه ، ويلتزم الثانى بمبلغ ٢٥٠ حنيه ، أما مؤمن المسئولية غير المحدودة فيلتزم بمبلغ ١٢٥ جنيه ، أى أن التزامه أقل من التزام مؤمن المسئولية المحدودة الثانى ، وهى نتيجة غير منطقية بلا شك .

الرأى الثالث :

تفادياً لتلك النتيجة غير المنطقية التى يسفر عنها الرأى الثانى فيما لو كان مبلغ التعويض أقل من المبلغ المؤمن به لدى مؤمن المسئولية المحدودة ، فقد ذهب هذا الرأى [١] ، إلى التمييز بين ما إذا كان مبلغ التعويض يقل أو يزيد عن الضمان الذى له حد أقصى . ففى الحالة الأولى يتم التوزيع بين المؤمنين بالتساوى ، وفى الحالة الثانية يتم التوزيع بالتساوى فى حدود الحد الأقصى ، حتى إذا استغرق مقدار التعويض المبلغ المؤمن به لدى مؤمن المسئولية المحدودة تحمل المؤمن الذى لم يضع حدا أقصى لضمانه (مؤمن المسئولية غير المحدودة) وحده ما يزيد عن ذلك .

وهذا الرأى بالرغم من وجاهته إلا أنه لم يسلم من النقد [٢]، فهو من ناحية يقسم التأمين غير المحدود إلى قسمين أحدهما فقط جمعى ، ومن ناحية أخرى ، فهو يؤدى فى الحالة الأولى إلى إجراء توزيع متساوى بين المؤمنين على الرغم من أنهم ، فى الحقيقة ، لا يتحملون بالتزامات متساوية ، ومن ناحية ثالثة ، فإنه من الصعب الأخذ بهذا الرأى فى حالة وجود ثلاثة مؤمنين منهما اثنان ذوا ضمانات محدودة ومختلفة القيمة .

---

(1) Margeat et Favre-Rochex : " op. cit. ,no. 203 .

إبراهيم الدسوقى ص ١٦٩ ، جلال إبراهيم ص ٣٣٩ .

(2) Picard et Besson : op. cit. p.358 .

جلال إبراهيم ص ٣٤٠ .

الرأى الرابع :

ويذهب إلى إجراء التوزيع بين المؤمنين المتعددين لا بنسبة ماالتزموا به ، بل بنسبة ماالقتضوا من أقساط ، وذلك غلى أساس أن ارتفاع الأقساط يدل على مدى أهمية الإلتزام الذى يتحمله كل منهم. (١)

ولا شك فى وجاهة هذا الرأى عندما تكون العقود المتعددة قد أبرمت فى تاريخ واحد ، أما إذا كانت تلك العقود قد أبرمت فى تواريخ مختلفة وكان تأمين مؤمن المسئولية المحدودة سابقا على التأمين الآخر ، فلا يكون من العدالة الأخذ بهذا الرأى وإجراء التوزيع على أساس ما اقتضى كل منهما من أقساط ، لما ينطوى ذلك على غبن لمؤمن المسئولية المحدودة . والأفضل فى مثل هذه الحالة إجراء التوزيع بين المؤمنين بنسبة ما التزم به كل منهم ، وذلك على أساس اعتبار التزام مؤمن المسئولية غير المحدودة مساويا لقيمة التعويض المستحق. (٢)

والحقيقة أنه ليس هناك ما يمنع دون القول بضرورة الإستثناء على القاعدة العامة التى تقرر إجراء التوزيع على أساس ما اقتضى كل من المؤمنين من أقساط ، ومؤدى هذا الإستثناء أن يعتبر إلتزام كل من مؤمن المسئولية المحدودة ومؤمن المسئولية غير المحدودة متساويين ، ويتم التوزيع بينهما على هذا الأساس. (٣)

٢- نظام التضا من بين المؤمنين solidarité entre assureurs

ويكون للمؤمن له بمقتضى هذا النظام أن يرجع على أى من المؤمنين المتعددين ، على أن يراعى أمرين ، وذلك فى علاقته بهؤلاء المؤمنين : ألا يرجع إلا بمقدار ما لحقه من ضرر ، وفى حدود مبلغ التأمين الخاص بالمؤمن الذى يرجع عليه(٤) ، فإن لم يكن كافياً كان له أن

---

(1) Picard et Besson : op. cit. p.358 .

حلال إبراهيم ص ٣٤٠ ، سعد واصف ص ٢٨٩ .

(٢) سعد واصف ، نفس الموضع السابق .

(٣) أبو زيد عبد الباقى ص ١٥٧ .

(٤) السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٨٢٦ ص ٢٠٣٦ .

يرجع على أى من المؤمنين الآخرين ، كل ذلك فى حدود مبلغ التأمين الخاص بكل منهم . (١)
أما فى خصوص العلاقة بين المؤمنين المتعددين ، فإنهم يقتسمون ما تقاضاه المؤمن له ، فيتحمل كل بنسبة مبلغ التأمين الخاص به إلى مجموع مبالغ التأمين . (٢)

ويلاحظ أن هذا النظام كان مجرد استثناء على نظام التوزيع النسبى ، لذلك كان يجب النص عليه صراحة فى وثائق التأمين المتعددة ، وبصدور تعديل ١٣ يوليو ١٩٨٢ الذى ألغى نظام التوزيع النسبى ، حل نظام التضامن محله ، حيث أعطى المشرع الحق للمستفيد من العقد الحصول على التعويض عن أضراره بالرجوع على المؤمن الذى يختاره . (٣)

ويمتاز هذا النظام عن نظام التوزيع النسبى بأنه أكثر بساطة وعدالة ، وذلك على أساس أن الهدف عند وجود التأمين الجمعى ليس هو تخفيض إلتزامات المؤمنين ، ولكن هو منع إثراء المؤمن له وتخفيض إلتزامات المؤمنين يأتى كنتيجة لمنع هذا الإثراء ، وإذا ماتحقق هذا الهدف فليس هناك ما يمنع من أن يرجع المؤمن له على كل مؤمن بمقدار ما يلتزم به فى مواجهته ، ثم يرجع هو بما دفعه زيادة عن نصيبه على باقى المؤمنين(٤) ، وهذا بلا شك يضمن سرعة حصول المؤمن له على التعويض بدلاً من رجوعه على كل مؤمن بما يلتزم به من نسبة فى التعويض بعد تحديد نسبة كل منهم (٥) ، ولذلك فنحن نؤكد على المشرع المصرى ضرورة الأخذ بهذا النظام حين تنظيمه لأحكام التأمين الجمعى .

---

(١) أبو زيد عبد الباقى ، ص ١٥٩ .

(٢) السنهورى ص ٢٠٣٦، جلال إبراهيم ص ٣٤٢ ، أبو زيد عبد الباقى ص ١٥٩ .

(3) Art. 124 - 4 : " .. le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix " .

(٤) جلال إبراهيم ، ص ٣٤٢ .

Picard et Besson : op. cit.no. 230,p.361 .

(٥) محى الدين المرسى ، المرجع السابق ، رقم ١٥٨ ، ص ٢٢٢ .

٣- نظام أسبقية التاريخ ordre des dates

وفقاً لهذا النظام يلتزم المؤمن الأسبق فى التعاقد بتعويض المؤمن له تعويضاً كاملاً فى حدود إلتزامه ، فإن كان كافياً فلا يتحرك إلتزام المؤمن الذى يليه ، وإلا التزم هذا الأخير بتغطية الفارق ، ثم الذى يليه وهكذا . (١)

ومعنى ذلك أن مبلغ التأمين فى هذا النظام - وخلافاً لنظامى التوزيع النسبى والتضامن - لا يوزع على كل المؤمنين بصورة تناسبية بل يتحمله وبصورة نهائية المتقدمون فى التاريخ بحيث إذا غطى هؤلاء مقدار الضرر برأت ذمة باقى المؤمنين فلا يرجع عليهم الموفون بشئ . (٢)

وتطبيق هذا النظام يقتضى أن يتم الإتفاق صراحة على الأخذ به ، ويدرج عملاً فى العقود اللاحقة على العقد الأول ، بحيث يشترط المؤمن بموجبه أن ضمانه ليس سوى ضماناً تكميلياً complémentaire لا ينفذ إلا فى حالة عدم كفاية التأمينات الأخرى السابقة عليه . (٣)

وقد ألغى هذا النظام بتعديل ١٣ يوليو ١٩٨٢ ، ومن ثم أصبح باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام كل شرط يضعه المؤمن فى الوثيقة لا يعمل ضمانه وفقاً له إلا بصورة تكميلية . (٤)

---

(1) Picard et Besson : op. cit. no. 229,p.359 .

السنهورى ، ص ٢٠٣٧ ، حلال إبراهيم رقم ٢١١ ، ص ٣٤٣ ، أبو زيد عبد الباقى رقم ٧٤ ص ١٥٨ .

(٢) حلال إبراهيم ، الموضع السابق .

(3) Picard et Besson : op. cit. p.360 .

حلال إبراهيم ص ٣٤٤ .

(4) Jérôme Bonnard : op. cit. no. 786,p.221 .

وفى مصر كانت المادة ١١٠٢ / ٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى تجيز مخالفة هذه الأحكام بمقتضى شرط خاص فى الوثيقة يقضى بتوزيع الضمان بين المؤمنين على أساس الأسبقية فى التاريخ ، ثم ألغيت هذه المادة من مجلس الشيوخ لتعرضها لتفاصيل يحسن تنظيمها بقانون خاص ، كما نصت على حواز هذه المخالفة كذلك المادة ٣٥ من مشروع تقنين التأمين المصرى (السنهورى : المرجع السابق ، هامش ص ٢٠٣٨ .

وتطبيقاً لهذا الشرط فى مجال التأمين من المسئولية الطبية ، فقد عرضنا [1] ، لحكم محكمة النقض الصادر فى بمناسبة الطعن المقدم من مؤمن الجراح ببطلان شرط الضمان التكميلى المدرج بواسطة مؤمن العيادة ، والذى انتهت فيه المحكمة إلى عدم قبول الطعن لانتفاء تعدد عقود التأمين لتخلف شرط وحدة الخطر ، وتبعاً له شرط وحدة المصلحة .

---

(١) انظر ماتقدم رقم ١٣٧ ، ص ٢٧٥ وما بعدها .

الفصل الثانى

تطبيق الضمان

١٤٤- تمهيد وتقسيم :

إذا ثار إلتزام المؤمن بالضمان عن الخطر المؤمن منه بحدوده السابق بيانها ، فإن تطبيق هذا الضمان قد يسلك أحد طريقين ، الأول هو الطريق الودى حيث تتم التسوية الودية للضمان ، والثانى هو الطريق القضائى ، إذا فضل الطرفان اللجوء إلى القضاء .

وعلى ذلك ، فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص الأول للتسوية الودية (الصلح) ، ثم نتناول فى الثانى التسوية القضائية .

المبحث الأول
التسوية الودية (الصلح)

١٤٥- تعريف الصلح :

وفقا لنص المادة ٥٤٩ من التقنين المدنى المصرى - والتى يقابلها نص المادة ٢٠٤٤ من التقنين المدنى الفرنسى - فإن الصلح هو " عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما ، أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ".

١٤٦- مزايا الصلح :

التسوية الودية بطريق الصلح تحقق مزايا لكل من المؤمن والمؤمن له والمضرور

١- بالنسبة للمؤمن :

الصلح قد يؤدى إما إلى نزول المضرور تماما عن مطالبة المؤمن له إن اقتنع بعدم مسئوليته عن الضرر الذى أصابه ، وإما أن يؤدى إلى التوصل إلى تعويض أقل مما قد يقضى به لو رفع الأمر إلى القضاء ، وذلك عندما تكون مسئولية المؤمن له قاطعة [١] ، ومصلحة المؤمن فى كلا الحالتين ظاهرة .

٢- بالنسبة للمؤمن له :

يحقق الصلح للمؤمن له – الطبيب – ميزة من خلال سرية مفاوضاته التى تحفظ له سمعته المهنية بخلاف العلانية التى تتسم بها جلسات المحاكم ، وما يترتب عليها من النيل منه نتيجة تداول دعاوى المسئولية بين أروقة القضاء ، وهو ما يهدر وقته وجهده ، ويؤثر فى النهاية على ممارسته لعمله . [٢]

٣- بالنسبة للمضرور :

يضمن الصلح للمضرور الحصول سريعا على تعويض الضرر الذى أصابه [٣] ، وهو ما يجنبه من ناحية ، نفقات ومصاريف الدعوى ، ومن ناحية أخرى ، يجنبه النتائج غير المضمونة لهذه الأخيرة ، نظراً لصعوبة إثبات خطأ الطبيب المؤمن فى الكثير من الأحيان .

وبكلمة موجزة وجامعة ، يمكن القول إن الصلح يسمح بتجنب " مخاطر الدعوى " la loterie procès

---

(١) السنهورى : الوسيط ، جـ ٧ ، رقم ٨٤٧ ، ص ٢٠٨٢ .

(٢) قرب ذلك ، محمد عبد الظاهر : " التأمين الإجبارى من المسئولية المهنية " سابق الإشارة ، ص ١٧٥ .

(3) Jean-Pierre Chauchard : " La transaction dans l'indemnisation du préjudice corporel " R.T.D.C. , 1989, p. 2 .

١٤٧- نماذج " التسوية الودية " المأخوذ بها لدى بعض الدول الأوربيـــة فـــى المجال الطبى :

تبنت بعض الدول الأوربية نموذجاً أو تصوراً للتسوية الودية بين المرضى من جانب والأطباء من جانب آخر، وعلى الرغم من اختلاف كل نموذج عن الآخر من حيث الشكل أو الهيكل، إلا أنها جميعا تهدف إلى ذات الغاية وهى تقديم العون لأطراف النزاع فى تسويته بعيدا عن ساحة القضاء .

وتتمثل هذه النماذج فى ثلاث، وهى النموذج الفرنسى حيث نظام الموفق الطبى ، والنموذج الألمانى حيث اللجان الطبية ، والنموذج السويسرى حيث مكاتب الخبرة ،.وسنعرض لهذه النماذج فيما يلى بشئ من البيان .

١٤٨- أولاً : النموذج الفرنسى "نظام الموفق الطبى " le médiateur médical

قدمت، فى فرنسا، العديد من الإقتراحات التى تنادى بضرورة تأسيس نظام الموفق الطبى ليتولى الإشراف على إجراء الصلح بين المرضى من جهة ، وبين الأطباء من جهة أخرى .

وعلى الرغم من الإتفاق على ضرورة إيجاد مثل هذا النظام، إلا أن هذه الإقتراحات التى قدمت بخصوصه لم تتفق على الصورة التى يمكن أن يظهر بها، وفى هذا الصدد يمكننا التمييز بين اقتراحات ثلاث .

الإقتراح الأول : مشروع *Mac Alees*

فى أواخر السبعينيات، تقدمت اللجنة المشكلة برئاسة السيد Mac Alees بمشروع تأسيس نظام الموفق الطبى، وقد تمثلت ملامح هذا المشروع فى النقطتين التاليتين : [١]

---

(1) F. Ewald et H. Margeat : " Le risque thérapeutique " Risques, no. 6 , juin 1991, p.22 .

١- يؤدى الموفق الطبى وظيفة مزدوجة ، فمن ناحية ، يأخذ على عاتقه عرض وبيان كافة المعلومات التى يجب إحاطة الأطراف بها ، لا سيما المريض ، ومن ناحية أخرى ، إتمام الصلح بين الأطراف فى ضوء تلك المعلومات .

٢- يقوم الموفق الطبى بتحديد الخبراء ، ويلتزم مؤمن الطبيب بتحمل نفقات الخبرة التى يؤديها هؤلاء .[١]

الإقتراح الثانى : مشروع *J. L. Masson*

تقدم السيد Masson فى ١٤ ديسمبر ١٩٨٢ بمشروع قانون بخصوص إنشاء " لجان تعويض متخصصة فى مجال المسئولية الطبية " ، وتتمثل فكرة هذا المشروع فى النقاط التالية :

١- تنشأ فى دائرة كل محكمة إبتدائية إحدى هذه اللجان ، وتتكون من موفق طبى رئيسا لها ، وأطباء منتخبين ، وممثلين للمرضى .

٢- تتولى هذه اللجنة تقدير الأضرار الناجمة عن الخطأ الطبى ، وتحديد التعويض المناسب لها ، ثم ترفع تقريرها إلى المحكمة الإبتدائية .

٣- يقوم الموفق الطبى بتحديد ثلاثة خبراء ، منهم طبيبان أحدهما ممارس عام ، والثانى أخصائى ، أما الثالث فيكون من رجال القانون ، ويقوم هؤلاء الخبراء بإعداد التقرير الفنى من الناحيتين الطبية والقانونية ، وتقديمه إليه بعد ذلك .

---

(١) وبناء على إقرار هذا المشروع ، صدرت لائحة رقم ٨١ / ٥٨٢ فى ١٥ مايو ١٩٨١ بتأسيس نظام الموفق الطبى ، وقد نصت هذه اللائحة على أن " ـــ يختص الموفق الطبى بتوجيه المرضى أو ورثتهم إلى طرق التسوية الودية ، لمعالجة آثار المسئولية المدنية للطبيب .

- يمارس الموفق الطبى مهمته على سبيل التبرع ، وتحدد أسماء الموفقين الطبيين بواسطة قائمة تنشر فى الجريدة الرسمية ، ويزاول عمله لمدة سنة قابلة للتجديد .

- الموفق الطبى قد يكون شخصا طبيعيا ، وقد يكون شخصا معنويا .

- يدخل فى سلطة الموفق أن يستدعى الأطراف أمامه ، وأن يتخذ الإجراءات التى من شأنها تيسير مهمته ، كما يستطيع ـــ بموافقتهم ـــ أن يستمع إلى كل شخص يرى أهمية سماع رأيه أو شهادته ، كما يستطيع أن يطلب تقديم المستندات المنتجة فى التسوية بين الأطراف ، ولكن دون إلتزام على حائزها بتقديمها ، أى بشرط موافقته .

- يلتزم الموفق الطبى بالسر المهنى، فلا يجوز له إفشاء الأسرار التى يقف عليها بسبب طبيعة مهمته " .

(Décret no. 81-582 du 15 mai 1981 relatif aux concilliateurs , J. O. 19 mai 1981, p. 1556) .

٤- وأخيرا ، تقوم اللجنة برفع تقريرها إلى المحكمة الإبتدائية التابعة لها . (١)

الإقتراح الثالث: مشروع *B. Debré*

فى ١٧ نوفمبر ١٩٨٧ تقدم السيد Bernard Debré بمشروع قانون إلى الجمعية الوطنية بإيجاد نظام يسمح بالحد من دعاوى المسئولية ضد الأطباء ، وقد نصت المادة الأولى من هذا المشروع على أن نظام الموفق الطبى يمكن أن يحقق هذا الهدف ، وأن هذا الموفق يلتزم فى سبيل أداء مهمته بتذليل كافة السبل أمام الأطراف للوصول إلى التسوية الودية .

وقد أكد المشروع على أن الموفق بمثابة قاض شرفى ، ليس له أى دور قانونى ، كما أنه لا يتمتع بأى سلطة إلزام للأطراف ، وفى حالة عدم وصول هؤلاء إلى التسوية الودية ، يرفق تقرير الخبير الذى يصدق عليه من الموفق ، وتكون بين أوراق الدعوى التى ترفع إلى القضاء . (٢)

ويمكن القول ، بصفة عامة ، إن من مصلحة المرضى والأطباء على حد سواء أن يلجئوا إلى هذا النظام ، فإذا كانت مسئولية الطبيب ثابتة ، فإن المريض يستطيع أن يحصل من المؤمن خلال وقت قصير على تعويض مناسب ، وإذا لم يمكن إثبات الخطأ فى جانب الطبيب ، فإن الموفق الطبى يستطيع أن يقدم للمريض تعويضا مناسبا ما لم تكن النتائج الضارة التى لحقت به تعتبر تطورا طبيعيا للمرض . (٣)

وعلى الرغم من أن رأى الموفق الطبى غير ملزم سواء للمريض أو للطبيب ، إلا أن النسبة الغالبة من الحالات تنتهى بالأخذ برأيه من الطرفين . (٤)

---

(1) Asemblée nationale, no. 1360, 14 déc. 1982 .
(2) F. Ewald et H. Margeat : op. cit. , p. 22 .
(3) F. DU Verdier et J. F. Naud : " La couverture de l'aléa médical " Con. Méd. 7 nov. 1992 , p. 3111 .
(4) Ibid.

١٤٩- ثانيا : النموذج الألمانى "اللجان الطبية les commissions médicales

بناء على اتفاق أبرم فى عام ١٩٧٥ بين نقابة الأطباء واتحاد مؤمنى المسئولية ، تم إقرار إنشاء لجان صلح des commissions de conciliation بين المرضى والأطباء ، على أن تتشكل هذه اللجان من أربعة أعضاء ، اثنان منهم لتمثيل نقابة الأطباء ، والثالث ممثلا عن الطبيب المنسوب إليه الخطأ ، والرابع ممثلا عن المريض . (١)

ويتركز الدور الذى تقوم به هذه اللجان فى ثلاثة أمور ، وهى إثبات الوقائع المادية محل النزاع ، وإدارة وتوجيه الخبرة الطبية ، وأخيرا تقديم تقرير مسبب إلى كل من أطراف النزاع . ويتميز هذا الدور بأنه ذو طبيعة فنية بحتة ، حيث لاتقوم هذه اللجان بأى دور قضائى ، وبعبارة أخرى لاتحل محل العدالة elle ne remplacent pas la justice . (٢)

واللجوء إلى هذه اللجان إختيارى ، حيث يتم بناء على رغبة أطراف النزاع ، كما أن هذه اللجان تؤدى دورها بلامقابل ، إذ يقع عبء تمويل عملها على نقابة الأطباء . (٣)

وإذا قدرت هذه اللجان توافر الخطأ فى جانب الطبيب ، فإنها تتقدم إلى مؤمن مسئوليته باقتراح مبلغ التعويض ، وهو اقتراح غير ملزم لا للطبيب ولا للمريض ، لاسيما هذا الأخير الذى له حق اللجوء إلى القضاء دائما فى حالة عدم اقتناعه برأى هذه اللجان أو عدم قبوله لمبلغ التعويض الذى تقترحه . (٤)

---

(1) F. Ewald : " Le probleme français des accidents thérapeutiques enjeux et solutions ", 1992, p. 72 ; F. Ewald : " Le risque thérapeutique ", Risq., no. 6, juin 1991, p. 12 .
(2) F. Ewald : " Le probleme français ... " op. cit., p. 72 ; F. Ewald : " Le risque thérapeutique " op. cit., p. 12 .
(3) B. Esnault : " Quelles solutions aux problemes d'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques : responsabilité objective et/ou assurance du risques thérapeutique ", 1992, p. 61 .
(4) F. Ewald : " Le probleme français ... " op. cit., p. 73 .

١٥٠ – ثالثا : النموذج السويسرى " مكاتب الخبرة " des bureaux d'expertises

أخذ اتحاد الأطباء السويسرى ، والذى يضم نحو ٩٠ % من ممارسى المهن الطبية في سويسرا ، على عاتقه عبء إنشاء هذه المكاتب فى عام ١٩٨٢ فى أكثر من مقاطعة سويسرية [١] ، لتعمل على فض المنازعات التى تثور بين المرضى والأطباء بصورة ودية . [٢]

وفى سبيل ذلك ، تقوم هذه المكاتب بدراسة الحالات التى ينسب فيها خطأ أو إهمال إلى الطبيب أثناء ممارسته نشاطه الطبى . وتتمتع هذه المكاتب بالسلطة التقديرية لقبول أو رفض أى طلب يقدم إليها من جانب المريض مدعيا فيه بوجود خطأ من جانب الطبيب ، ولها بناء على هذه السلطة التقديرية أن ترفض فحص أى طلب كيدى إذا بدا من ظاهره عدم وجود أى خطأ يمكن أن ينسب إلى الطبيب . [٣]

وكما هو الحال بالنسبة للجان الطبية فى ألمانيا ، تؤدى هذه المكاتب عملها بناء على طلب من ذوى الشأن ، وبلا مقابل حيث يتولى اتحاد الأطباء تحمل نفقات عمل هذه المكاتب . [٤]

وتلتزم هذه المكاتب بإعداد تقرير برأيها إلى أطراف النزاع فى الطلب المقدم إليها فى غضون ثلاثة شهور من تاريخ تقديمه إليها . [٥]

١٥١ – تأثير الغلط كأحد عيوب الإرادة على صحة عقد الصلح فى حالة تفاقم الضرر بعد الصلح :

يثور هذا التساؤل فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية نظرا للطبيعة الغالبة للضرر المترتب على النشاط الطبى ، حيث يكون ضررا جسديا ، فمن المتصور أن يتسبب نشاط الطبيب فى إصابة المريض بضرر جسدى على أثر تدخل جراحى ، أو من جراء العلاج بالإشعة ، وتبدو إصابة المريض – فى بادئ الأمر – محدودة فى نطاق معين .

(١) على سبيل المثال نذكر مقاطعتى Lausanne et Bern .

(2) B. Esnault : op. cit., p. 62 ; F. Ewald : Le risque thérapeutique " op. cit., p. 14 .
(3) F. Ewald : " Le probleme français ... " op. cit. p. 73 .
(4) B. Esnault : op. cit., p. 63 .
(5) F. Ewald : " Le probleme français ... ", op. cit.,p. 73 .

والفرض أن المريض قد تصالح مع الطبيب أو مع شركة التأمين على تعويض هذا الضرر الذى أصابه نتيجة خطأ الطبيب ، وقبل تعويضا يسيرا ، ثم تفاقم ضرره بعد ذلك [١] ، فهل يجوز له أن يطالب بتعويض تكميلى فى ضوء ما آلت إليه حالته على أساس توافر الغلط ، وهو أحد عيوب الإرادة التى تجعل العقد قابلا للإبطال ؟ .

يذهب جانب من الفقه [٢] ، إلى عدم جواز ذلك مستندا إلى حجية الشئ المقضى الذى يتمتع به الصلح وفقا لما تنص عليه المادة ٢٠٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى [٣] ، من أن الغلط فى درجة أو جسامة الضرر ليس سببا لبطلان الصلح ، ولا يترتب هذا الأثر - البطلان - إلا إذا كان الغلط فى طبيعة الضرر .

وقد اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسى إلى الأخذ بهذا الرأى ، حيث قضى بأن " الغلط فى محل العقد لا يعدو أن يكون غلطا فى الضرر لا يخول المضرور الحق فى المطالبة بتعويض تكميلى " . [٤]

وبالمقابل ، ذهب رأى آخر فى الفقه [٥] ، تؤيده بعض أحكام القضاء الفرنسى[٦] ، إلى أن الغلط فى جسامة الضرر يعد غلطا جوهريا يبطل به عقد الصلح ، ويستند هذا الرأى

---

(١) قرب هذا السنهورى : الوسيط ، جـ ٥ ، ص ٥٤٣ .

(2) Fury- Vialatte : " L'errur sur l'objet de la transaction " thése Paris, 1963, p. 63 et s.

(3) - Art. 2052 : " Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.
Elle ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion " .

(4) Civ. 8 mars 1948 , Bull. civ. no.76, p. 249 ; S. 1948, I, p. 92

ولاشك أن هذا الإتجاه كان فى مصلحة شركات التأمين التى عمدت إلى إدراج شروط فى وثائق التأمين تقضى بأن المضرور قد قبل الصلح على المبلغ الذى ارتضاه متنازلا عن المطالبة بأى مبلغ إضافى عن أى ضرر آخر تتكشف عنه الإصابة فيما بعد ، وجرت أحكام القضاء على الحكم بصحتها ، وهو ما انتقده الفقه بحق (انظر السنهورى : الوسيط ، جـ ٥ ، ص ٥٤٤) .

(5) R. Savatier : " Traité de la responsabilité civile en droit fransais "

(6) Civ. 1re, 29 oct. 1963, D. 1964, p. 467, note F. Boulanger, S. 1964, p. 311, note Brunet ; Civ. 1re, 8 mars 1966, J.C.P. 1966, II, 14664, note Lindon, D. 1966, somm. p. 87 . ; Civ. 1re , 11 oct. 1967, D. 1968, p. 135 ; Civ. 1re, 27 jan. 1971, D. 1971, somm. p. 112 ; R.T.D.C. 1971, p. 639, obs. Durry ; Civ. 1re, 17 jan. 1973, Bull. civ., I, no. 26 , p. 24 .

إلى فكرة العدالة ، حيث أن محل العقد ليس فحسب الحق فى التعويض ، وإنما فضلا عن ذلك قيمة هذا الحق ، وهو ما يحقق قدرا أكبر من الحماية للمضرور ، يستوى فى ذلك أن يكون تفاقم الضرر بعد الصلح متوقعا أم لا ، فيكون للمضرور أن يطالب بتعويض تكميلى .

ونعتقد أن الرأى الأول هو الأدنى إلى القبول ، لأن الغلط الواقع فى عقد الصلح يخضع للقواعد العامة فى الغلط ، والتى تستلزم فى الغلط الذى يكون سببا لإبطال العقد أن يبلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ، ولا يكون الأمر كذلك إلا إذا تكشفت هذه الجسامة عن ضرر يختلف فى طبيعته عن الضرر الذى كان موجودا وقت الصلح ، كحدوث عاهة مستديمة أو موت المصاب ، أما مجرد تفاقم الضرر الذى كان موجودا وقت الصلح ، فلا يعدو أن ينتج غبنا ، والغبن لايؤثر فى الصلح .(١)

يضاف إلى ذلك ، أن هذا الرأى يتفق مع نص المادة ٢٠٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى التى تقضى بأن عقد الصلح يتمتع بحجية الشئ المقضى ، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فى أكثر من حكم لها ، حيث قضت بأنه " يجب على قاضى الموضوع عند النظر فى طلب التعويض التكميلى من المضرور أن يقف على حقيقة الضرر اللاحق على الصلح ، حيث لا يملك أن يعيد النظر فى قيمة الضرر الأصلى الذى تحدد نهائيا " .(٢)

يمكن القول ، إذا ، بأنه فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية يستطيع المريض أو ورثته التمسك ببطلان عقد الصلح للغلط متى كان هذا الأخير واقعا فى طبيعة الضرر الذى تم الصلح بناء على تقديره على نحو غير صحيح .

١٥٢- الشروط المتعلقة بالصلح فى وثيقة التأمين

عادة ما يدرج المؤمن فى وثيقة التأمين بندا يقيد به حق المؤمن له فى إجراء الصلح

---

(١) السنهورى : الوسيط ، جـ ٥ ، ص ٥٤٣ وما بعدها .

(2) Civ.2e, 22 avr. 1971, Bull. Civ. II, no. 152 ; Civ. 2e 11 jan. 1995, Bull. Civ. II, no. 19

مع المضرور، وهو بند مزدوج ، فهو من ناحية ، يحظر على المؤمن له الصلح منفردا مع المضرور، ومن ناحية أخرى ، يمنح المؤمن حق الإستئثار بإجراء الصلح مع المضرور .

١- منع المؤمن له من التصالح ، منفردا ، مع المضرور

بمقتضى هذا الشرط يمتنع على المؤمن له أن يبرم صلحا مع المضرور بدون موافقة المؤمن لأن مثل هذا الصلح لا يتضمن إقرارا من المؤمن له بمسئوليته فحسب ، وإنما بالتزامه بالتعويض ، بل وبنطاق هذا الإلتزام .(١)

والمؤمن بهذا الشرط يهدف إلى حماية مصالحه من عدة إحتمالات كأن يتواطئ المؤمن له مع المضرور حين يقر له بالمسئولية أو يصالحه على مبلغ كبير، أو احتمال أن يتم الصلح تحت ضغط تهديد المضرور للمؤمن له باتخاذ إجراءات جنائية ضده ليحمله بذلك على الإقرار أو الصلح ، وأخيرا لتجنب عدم مبالاة المؤمن له الذى قد يقدم على الإقرار أو الصلح مطمئنا إلى أن التأمين مسئوليته قد غطى مسئوليته .(٢)

وشرط منع المؤمن له من التصالح منفردا مع المضرور شرط صحيح ، حيث نصت على جوازه المادة ١٢٤ / ٢ من تقنين التأمين الفرنسى ، فقضت بعدم جواز الإحتجاج فى مواجهة المؤمن بأى صلح يتم بغير تدخل من جانبه ، وهو الصلح الذى يبرمه المؤمن له منفردا مع المضرور .(٣)

ولتطبيق هذا الجزاء - عدم نفاذ الصلح فى مواجهة المؤمن - يجب أن ينص صراحة على هذا الشرط فى وثيقة التأمين ، فلا يستفاد من مجرد وجود شرط احتفاظ المؤمن بحق إدارة دعوى المسئولية الذى لا يتعلق إلا بالدفاع أمام القضاء فى دعوى المسئولية المقامة ضد المؤمن له .(٤)

---

(1) Picard et Besson : op. cit., no. 370, p. 547 .

(٢) السنهورى : الوسيط ، جـ ٧ ، رقم ٨٤٨ ، ص ١٦٥٧ .

(٣) وقد أشار إلى ذلك نص المادة ٤٩ من مشروع الحكومة بقوله " يجوز الإتفاق فى الوثيقة على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المؤمن له ، دون رضاء المؤمن ، قد أدى إلى المضمون تعويضا أو أقر له بمسئوليته " راجع السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٨٤٨ .

(4) Picard et Besson : op. cit., no. 370, p. 548 .

والجزاء المترتب على مخالفة هذا الشرط يتمثل فى عدم جواز الإحتجاج بالصلح فى مواجهة المؤمن ، أى عدم النفاذ ، وهو جزاء منحه القانون للمؤمن حين أجاز له أن يشترط هذا الشرط
l'assureur est autorisé par la loi à stipuler que la transaction, intervenue en dehors de lui, ne lui sera pas opposable . (١)

ومقتضى هذا الجزاء أن إثبات المؤمن له مسئوليته فى مواجهة المؤمن لايجوز أن يتم عن طريق التمسك بهذا الصلح أو الإقرار، وإنما بأى طريق آخر ، ولو بالبينة والقرائن ، وحينئذ يستطيع أن يرجع على المؤمن بالضمان ، على الرغم من الإقرار الصادر منه أو الصلح الذى أبرمه . (٢)

ولايجوز أن يقرر المؤمن جزاء السقوط فى مواجهة المؤمن له الذى يتصالح منفردا مع المضرور ، أن عدم النفاذ مقرر بنص القانون ، فضلا عن أنه كاف لحماية المؤمن فى مواجهة المؤمن له الذى يخالف شرط الحظر أو المنع من التصالح منفردا مع المضرور. (٣)

٢- شرط استئثار المؤمن بالحق فى إجراء الصلح مع المضرور

قد لايقتصر الأمر، وهو الوضع الغالب ، على مجرد منع المؤمن له من التصالح منفردا مع المضرور، وإنما فضلا عن ذلك ، يضع المؤمن شرطا فى الوثيقة يحتفظ بموجبه - لنفسه دون المؤمن له - بالحق فى إجراء الصلح مع المضرور .

ويدرج المؤمن هذا الشرط تحسبا للحالة التى تكون فيها مسئولية المؤمن له ثابتة ، فيسعى إلى الصلح مع المضرور أملا فى التوصل إلى تعويض أقل مما لو تم الصلح بين المؤمن له والمضرور مباشرة (٤) ، وهو بذلك يتجنب زيادة المصروفات ، كما يتجنب احتمال صدور حكم بالتعويض يجاوز بكثير مبلغ الصلح الذى يبرمه مع المضرور. (٥)

---

(1) Ibid., p. 548 .

(٢) السنهورى : الوسيط ، جـ ٧ ، رقم ٨٤٨ ، ص ٢٠٨٦ .

(3) Picard et Besson : op. Cit., p. 548 .

(٤) السنهورى : المرجع السابق ، هامش رقم ١ ، ص ٢٠٨٧ .

(٥) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٢٠٣ .

ويثير هذا الشرط عدة صعوبات ، منشؤها تعارض مصلحة المؤمن مع المؤمن له ، خاصة فيما يتعلق بحالة التأمين المحدود ، وحالة الأضرار المتبادلة .

ففى حالة التأمين المحدود حيث يغطى المؤمن مسئولية المؤمن له فى حدود مبلغ معين ، يثور التساؤل عن مدى جواز احتجاج الأول بالصلح الذى يبرمه نيابة عن الثانى مقابل تعويض يزيد عن قدر الضمان الذى التزم به ، وتحديداً ، عن مدى التزام المؤمن له بالقدر الزائد عن مبلغ التأمين .

ذهب جانب من الفقه [1] ، إلى أن المؤمن له يلتزم بذلك ، على أساس أن المؤمن ، بمقتضى هذا الشرط ، وكيلاً عنه ، وبالتالى - ووفقاً للقواعد العامة - تنصرف إليه آثار ما يبرمه لحسابه ، ولو تجاوزت حدود الوكالة ، ولا يكون له - أى للمؤمن له - سوى الرجوع عليه عقدياً بمقتضى عقد الوكالة .

وذهب جانب آخر [2] ، إلى أن المؤمن له لا يلتزم بالقدر الذى يتجاوز به المؤمن حدود الوكالة التى تنحصر فى حدود ضمانه الناشئ عن عقد التأمين .

وهذا الرأى الأخير هو الأولى بالقبول ، لاتفاقه مع القواعد العامة فى الوكالة ، فيكون ما يتصالح المؤمن عليه زائداً عن حدود ضمانه موقوفاً على إجازة أو إقرار المؤمن له ، إذ أن التوسيع فى نطاق الوكالة من المؤمن له للمؤمن دون أن يصدر منه صراحة ما يفيد ذلك يعد افتئاتاً عليه ، ولو شاء ذلك - أى أن يلزم نفسه بما يزيد عن قيمة الضمان - لأذن مسبقاً للمؤمن بألا يتقيد فى الصلح بحدود الضمان ، فيكون إقراره اللاحق بمثابة الإذن السابق .

وتطبيقا لذلك ، فإنه على الرغم من أن التأمين من المسئولية الطبية تأمين عن خطر غير محدود ، إلا أن المؤمن يستطيع أن يحدد ضمانه بمبلغ معين لا يغطى مسئولية الطبيب

---

(1) Picard et Besson : op. cit. ,no. 371, p. 549 .
(2) Mazeau et Tunc : op. cit., III, no. 2687.2 .

المؤمن له فيما يتجاوزه ، وفى هذا الفرض فإن قيام المؤمن بإجراء الصلح مع المريض نيابة عن الطبيب المؤمن له متجاوزا به حدود ضمانه لا يكون نافذا فى مواجهة هذا الأخير إلا بإقراره .

أما فى حالة الأضرار المتبادلة ، ومثالها التقليدى الأضرار الناشئة عن حوادث السيارات ، فيثور التساؤل عن مدى جواز قيام المؤمن بالصلح لتسوية حقوق المؤمن له فى مواجهة الغير ، فضلا عن تسوية إلتزاماته كذلك التى يملك القيام بها بمقتضى شرط الإستئثار بالصلح المنصوص عليه فى الوثيقة .

ذهب جانب من الفقه [١] ، إلى أن هذا الشرط الأخير يخول المؤمن الحق فى إجراء الصلح نيابة عن المؤمن له سواء فيما يتعلق بالتزاماته فى مواجهة الغير ، أو فى حقوقه ، فالصلح يتعلق بتسوية النزاع من كافة جوانبه .

وذهب رأى آخر [٢] ، إلى أن شرط استئثار المؤمن بالصلح لا يخول المؤمن الحق فى التصالح على حقوق المؤمن له قبل الغير ، ويقتصر فقط على تسوية إلتزاماته فى مواجهة هذا الغير .

ولا يبدو أن تخويل المؤمن حق التصالح الشامل على حقوق والتزامات المؤمن له يحتمله شرط استئثاره بالصلح ، فهذا الأخير يجب - كما ذهب إلى ذلك الرأى الثانى - أن ينحصر فى إلتزامات المؤمن له دون حقوقه ، لأن تسوية الأولى دون الثانية هى التى تتفق مع الغاية من وضع المؤمن شرط الإستئثار.

وجدير بالذكر أن هذه الصعوبة لا محل لها فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، حيث لا تثار مشكلة الأضرار المتبادلة ، فالضرر يقع دائما على طرف واحد هو المريض .

---

(1) Picard et Besson : op. cit., no. 371, p. 548 .
(2) Mazeau (H. L. et J.) : " Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle " II, 6 éd. par F. Chapas, 1983

المبحث الثانى

تطبيق الضمان قضائيا

١٥٣- تمهيد وتقسيم :

قد لا تحقق التسوية الودية مصلحة أى من المؤمن له أو المضرور على نحو ما يسعى إليه كل منهما ، فقد يجد الأول أن مايطالب به الثانى من تعويض ويتمسك به مبالغا فيه إلى الحد الذى يتعذر قبوله ، كما قد يرى المضرور فى المبلغ الذى يعرضه عليه المؤمن له - أو مؤمن المسئولية - بخسا لحقه .

عندئذ لايكون هناك مفر أمام الأطراف من اللجوء إلى الطريق القضائى ، واتباع هذا الأخير من جانب المضرور يخوله الحق فى اللجوء إلى أحد دعويين ، فمن جهة ، يستطيع أن يرجع على المؤمن له بدعوى المسئولية على أن يرجع هذا الأخير بعد ذلك على مؤمنه بالضمان ، ومن جهة أخرى ، يستطيع أن يرجع مباشرة بطريق الدعوى المباشرة على المؤمن، كما أن هذا الأخير يجوز له فى الحالات التى يقع فيها الضرر بفعل شخص آخر خلاف المؤمن له أن يرجع عليه ، متى كان قد أدى التعويض إلى المؤمن له أو إلى المضرور .

وعلى ذلك فسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب كالتالى :

المطلب الأول : دعوى المسئولية من المضرور فى مواجهة المؤمن له ورجوع هذا الأخير على المؤمن بالضمان .

المطلب الثانى : الدعوى المباشرة من المضرور فى مواجهة المؤمن .

المطلب الثالث : رجوع المؤمن على الغير المسئول .

المطلب الأول

دعوى المسئولية من المضرور فى مواجهة المؤمن له ورجوع هذا الأخير على المؤمن بالضمان

١٥٤- تمهيد وتقسيم :

فى حالة قيام المضرور برفع دعوى المسئولية فى مواجهة المؤمن له ، فإنه يجب على هذا الأخير أن يلتزم بمراعاة بعض القيود التى يفرضها عليه المؤمن فى مثل هذه الحالة ، وهذه القيود يقصد منها المؤمن حماية مصالحه ، لأنه الملتزم فى النهاية بالضمان ، ولذلك فإذا ما أسفرت دعوى المسئولية بالحكم بالتعويض على المؤمن له المسئول ، كان له أن يرجع بدوره على المؤمن بالضمان .

وعلى ذلك فإننا نتناول هذا المطلب من خلال المطلبين التاليين :

الفرع الأول : دعوى المسئولية من المضرور فى مواجهة المؤمن له .

الفرع الثانى : رجوع المؤمن له على المؤمن بالضمان .

الفرع الأول

دعوى المسئولية من المضرور فى مواجهة المؤمن له

١٥٥- تمهيد :

تلقى دعوى المسئولية عدة قيود تتمثل فى الإلتزام بالشروط التى يضعها المؤمن فى وثيقة التأمين ليضمن بها أن تسير الدعوى بما يتفق مع وجهة نظره فى النزاع ، وبما يحقق مصلحته ، وذلك تجنبا لما قد يصدر عن المؤمن له من تهاون أو تساهل مع المضرور سواء

بحسن نية ، أو بتواطؤ بينهما ، لأن المؤمن له قد يركن إلى أن مسئوليته قد غطيت بعقد التأمين .

وتتمثل الشروط التى يدرجها المؤمن مقيدا بها حرية المؤمن له فى مواجهة دعوى المسئولية فى شرط تقديم المستندات المتعلقة بمطالبة المضرور القضائية ، فضلا عن شرطى عدم الإقرار بالمسئولية ، وإدارة المؤمن دعوى المسئولية .

١٥٦ - أولا : شرط تقديم المستندات clause de transmission de pièces

يقصد بالمستندات التى يجب على المؤمن له أن يقدمها للمؤمن تلك الأوراق المتعلقة بالكارثة ، قضائية ، كالإنذارات وصحف الدعاوى التى توجه إليه ، أو أوامر الحضور التى تصل من الشرطة أو النيابة العامة ، أو غير قضائية ، كالخطابات التى يرسلها المضرور إليه . (١)

ويهدف المؤمن من هذا الشرط إلى أن يحاط علما بظروف الدعوى حتى يتمكن من تنظيم دفاعه فى مواجهة مطالبة المضرور ، وحتى يحدد موقفه من مبدأ مسئولية المؤمن له ، وحدودها ، وما إذا كانت مصلحته فى أن يتصالح مع المضرور ، أو على العكس ، فى أن يواجه دعواه ، وفى هذه الحالة الأخيرة ، ما إذا كان يتولى إدارة الدعوى ، أو يترك مواجهتها للمؤمن له وحده . (٢)

ويلاحظ أن تأخر المؤمن له فى تقديم المستندات إلى المؤمن إذا ترتب عليه عدم علم هذا الأخير بقيام دعوى المسئولية ، يعد تخلفا عن تقديم المستندات وليس مجرد تأخير ، وهو ما يجيز توقيع جزاء السقوط فى هذه الحالة ، إذ على الرغم من أن المادة ١١٣ / ١١ من تقنين التأمين الفرنسى لم تشر إلا إلى مجرد التأخير ، إلا أن جزاء السقوط يظل صالحا لأن

---

(1) Picard et Besson : op. cit., no. 372, p. 550 .

(٢) جمال الدين زكى : المرجع السابق ، رقم ٢٠١ ، ص ٣٣٥.

يوقع سواء عن التخلف التام عن تقديم المستندات ، أو مجرد التأخير ، مادام أن عدم التنفيذ لا يبرره عذر مقبول (١) ، وذلك على الرغم من أن المؤمن له لا يلتزم أساسا فى مواجهة المؤمن إلا بالتعويض عن مجرد التأخير.

وفى التقنين المدنى المصرى ، يجوز للمؤمن أن يشترط السقوط كجزاء عن تأخر المؤمن له فى تقديم المستندات ، ولكن يلزم للتمسك بهذا الجزاء فى مواجهة المؤمن له ، ألا يكون له عذر مقبول فى عدم تقديم المستندات .

وهذا الحكم يستفاد من نص المادة ٧٥٠ من التقنين المدنى الذى ينص على أنه " يقع باطلاً ما يرد فى وثيقة التأمين من الشروط الآتية : ... ٢- الشرط الذى يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره فى إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو فى تقديم المستندات ، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول ".

١٥٧- ثانياً : شرط عدم الإقرار بالمسئولية clause de non reconnaitre de la responsabilité

١- الهدف من الشرط :

يدرج المؤمن هذا الشرط فى وثيقة التأمين حتى يتجنب احتمال مبادرة المؤمن له إلى الإقرار بمسئوليته ، تهاوناً منه أو تواطئاً مع المضرور، أو اقتناعاً منه بمسئوليته ، فيضمن المؤمن بذلك ألا تسير دعوى المسئولية على غير رغبته ، أو خلافاً لوجهة نظره ، لأن إقرار المؤمن له بمسئوليته تقع تبعته فى نهاية الأمر على عاتق المؤمن . (٢)

٢- نطاق إعمال الشرط :

يمتنع على المؤمن له بمقتضى هذا الشرط أن يعترف بكل ما من شأنه أن يكسب المضرور حقا فى التعويض ، يستوى فى هذا الإعتراف أن يكون صراحة، سواء صدر كتابة أو

---

(1) Picard et Besson : op. cit., p. 551 ; Margeat et Favre-Rochex : op. cit., no. 244 .

(٢) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ١٩٣ .

شفاهة عن المؤمن له أو ضمناً [١] ، ويندرج تحت نطاق الحظر أن يقر المؤمن له بالتزامه بالتعويض باعتباره المسئول الوحيد عن الضرر ، أو أن يقر بأن النتيجة القانونية لما حدث هى أنه المسئول عن أداء التعويض . [٢]

ويعتبر من قبيل الإقرار بالمسئولية أن يتنازل المؤمن له عن التمسك بسقوط دعوى المسئولية بالتقادم متى كان هناك وجه لهذا التمسك . [٣]

ولا يعد إقراراً بالمسئولية أن يقر المؤمن له بالوقائع المادية [٤] ، وقد نصت على ذلك المادة ٤٩ من مشروع الحكومة بقولها " ... ولا يجوز التمسك بهذا الإتفاق إذا كان ما أقر به المؤمن له مقصوراً على الوقائع المادية المتصلة بالحادث ... " .

ويمكن التمثيل للوقائع المادية فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، بأن يقر الطبيب المؤمن له بواقعة تعطل جهاز الإفاقة أو الإنعاش اللازم لمد المريض بالأكسجين ، أو حدوث خلل فى جهاز الإشعة أثناء علاج المريض ، أو أنه لم يتم توفير كمية من الدم اللازم نقله إلى المريض أثناء إجراء الجراحة التى تستدعى نقل كميات كبيرة من الدم إليه ، ومن ذلك أيضاً ، أن يقر الجراح بأن الأجهزة والآلات التى استعملها فى الجراحة لم تكن معقمة على نحو كاف .

ولكن إذا كانت الوقائع المادية لا يجوز للمؤمن أن يجادل فيها ، وإنما تلزمه ، إلا أنه يصعب ، ولا سيما فى المجال الطبى ، التمييز بين ما يعد وقائع مادية لا يتحقق بالإقرار بها مخالفة شرط عدم الإقرار بالمسئولية ، وما يعد من قبيل الإقرار بالمسئولية المحظور بمقتضى الشرط ، وهو ما يمكن أن يندرج تحت" الأخطاء الفنية " للطبيب المؤمن له .

---

(1) Lambert Faivre : op. cit., no. 656 .
(2) Picard et Besson : op. cit., no. 367, p. 544 .

(٣) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ١٩٩ .

(4) Cass. 1re civ., 17 janv. 1961, Bull. civ. I, no. 43 ; cass. 1re civ., 7 juin 1995, Bull. civ. I, no. 233 .

وقد أشرنا آنفا [١] ، إلى أن القضاء قد تردد فى اعتبار واقعة واحدة خطأ عادياً ، أو خطأ فنياً ، والأمثلة المتقدمة ، وإن كانت تعبر عن مجرد وقائع مادية فى حقيقتها ، ومن ثم تخرج عن نطاق الحظر الذى يفرضه شرط عدم الإقرار بالمسئولية ، إلا أن الإقرار بها يمكن أن ينطوى على إقرار بالمسئولية ، إذا ما اعتبرت هذه الوقائع من قبيل الخطأ الفنى للطبيب المؤمن له ، وبالتالى تدخل فى نطاق الحظر المتقدم ، وعلى كل حال ، فإن القول الفصل فى رفع هذا الإلتباس متروك أمره للقضاء .

أيضاً لا يعد من قبيل الإقرار بالمسئولية من جانب المؤمن له ، ما يصدر عن تابعيه من إقرار بالمسئولية [٢] ، وعلى ذلك فإن تابع الطبيب المؤمن له حين يقر بالمسئولية نتيجة وقوع خطأ من جانبه ، فإن هذا الإقرار لا ينسب إلى الطبيب ، ولا يكون للمؤمن أن يوقع الجزاء المقرر لمخالفة شرط عدم الإقرار بالمسئولية .

كما لا يعد من قبيل الإقرار بالمسئولية ما قد يقدمه المؤمن له للمضرور من إسعافات أو نفقات علاج أو تقديم مبلغ من المال إليه إثر الحادث [٣] ، وهذه الأمثلة تصدق كثيرا على ما قد يصدر عن الطبيب المؤمن له - بحكم طبيعة تخصصه - تجاه المريض ، حيث من المتصور أن يسعى ، لاعتبارات انسانية ، إلى أن يقدم إلى مريضه الذى لحقه ضرر من جراء نشاطه الطبى أو تفاقمت حالته على أثر تدخل جراحى ، عناية خاصة على سبيل التبرع ، بأن يتابع حالته أو يرشده إلى طبيب أكثر خبرة يتولى علاجه ، ولا يلزم من مثل هذا السلوك أن يعد ذلك إقرارا من الطبيب بكونه مسئولاً عما لحق المريض من ضرر ، ولذلك فإن المؤمن لا يجوز له أن يعتبر مثل هذا السلوك من جانب الطبيب بمثابة إقرار بمسئوليته فى مواجهة المريض .

---

(١) انظر ما تقدم ، رقم ٣٥ ،ص ٦٤ .

(٢) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ١٩٩ .

(٣) المرجع السابق ، ذات الموضع .

٣- جزاء مخالفة شرط عدم الإقرار بالمسئولية :

قد يتخذ هذا الجزاء إحدى صورتين ، فهو إما أن يكون فى صورة عدم الإحتجاج بالإقرار فى مواجهة المؤمن ، وإما فى صورة سقوط الضمان .

فقد يشترط المؤمن عدم الإحتجاج بالإقرار فى مواجهته ، وهو شرط صحيح نصت عليه صراحة المادة ١٢٤ / ٢ من تقنين التأمين الفرنسى حيث قضت بأنه يجوز للمؤمن أن يشترط عدم جواز الإحتجاج فى مواجهته بأى إقرار بالمسئولية ، أو صلح يتم بغير تدخل منه ، وهو جزاء لا يتعلق بالنظام العام ، حيث أن القانون أجاز اشتراطه فحسب ، ولذلك فلابد لتطبيقه من النص عليه صراحة فى وثيقة التأمين . (١)

وقد يذهب المؤمن إلى أبعد من ذلك بأن يشترط سقوط ضمان المؤمن له ، غير أن الفقه يرى - بحق - بطلان اشتراط هذا الجزاء على أساس أن القانون مادام قد قرر جزاء عدم الإحتجاج ، فيكون قد استبعد تطبيق أى جزاء آخر أكثر صرامة لا سيما السقوط . (٢)

١٥٨ - ثالثا : شرط إدارة الدعوى clause de direction du procés

١- المقصود بالشرط :

يهدف المؤمن من هذا الشرط إلى تجنب الحكم على المؤمن له فى دعوى المسئولية ، سواء لتساهله أو لتواطئه مع المضرور ، وعدم ترك اتخاذ القرار فى تسيير الدعوى للمؤمن له . (٣)

---

(1) Picard et Besson : op. cit., no. 368, p. 545 ; cass. 1re civ., 4 mars 1997, R.G.A.T. 1997, p. 545, note J. Kullmann .

وقد قررت المحكمة فى هذا الحكم صراحة بأن إقرار المؤمن له بمسئوليته فى مواجهة الغير المضرور لايحتج به فى مواجهة المؤمن . وقد عبرت عن ذلك بقولها :

" La reconnaissance par l'assuré de sa responsabilité envers le tiers victime n'est pas en elle-même opposable à l'assureur " .

(2) Picard et Besson : op. cit., p. 545 .

(3) Lamy assurance , 1998, no. 1302 .

ويخول هذا الشرط للمؤمن رخصة فى تولى الدفاع عن المؤمن له فى دعوى المسئولية ، وهو دفاع عن مصالحه فى ذات الوقت ، ولا يمثل هذا الشرط التزاما على عاتقه ، بل هو مجرد رخصة له أن يستعملها أو لا . (١)

٢- حق المؤمن فى إختيار إدارة الدعوى

يترتب على اعتبار هذا الشرط مجرد رخصة للمؤمن أن له حرية الإختيار بين إدارة الدعوى ، أو عدم إدارتها .

أ - فإذا اختار عدم إدارة الدعوى ، فلا تثور مشكلة ، حيث يسترد المؤمن له حريته كاملة فى تنظيم دفاعه ، كما لا يترتب على ذلك - اختيار المؤمن عدم إدارة الدعوى - أية مسئولية على المؤمن فى مواجهة المؤمن له ، حتى لو حكم على هذا الأخير مدنيا وجنائيا . (٢)

ب - أما إذا اختار المؤمن إدارة الدعوى ، فهنا يثور التساؤل عن الحكم الصادر فى دعوى المسئولية من ناحية ، وعن الضمان الواجب على المؤمن من ناحية أخرى .

فمن ناحية الحكم الصادر فى دعوى المسئولية ، فإن المؤمن له يعتبر غيرا بالنسبة له ، لأنه قام بإجراءات الدعوى باسم المؤمن له ، ومن ثم لم يكن طرفا فيها فلا يحتج عليه بالحكم الصادر فيها (٣) ، ولكن على الرغم من ذلك ، فإن القضاء الفرنسى (٤) اعتبر المؤمن ، وقد أدار مجريات الدعوى بالفعل ، قد تنازل ضمنا عن حقه فى المنازعة فى الحكم الصادر فيها .

أما من ناحية الضمان الواجب على المؤمن فى مواجهة المؤمن له ، فيلزم أن نفرق بصدده بين فرضين :

(1) Ibid. , no. 1302 .
(2) Picard et Besson : op. cit., no. 374 ; Civ. 20 juill. 1942, R.G.A.T. 1942, p. 355 , J.C.P. 1942, II , 2044 , note A. Besson .
(3) Picard et Besson : op. cit., no. 374 , p. 553 .
(4) Cass. civ. 13 juin 1946, R.G.A.T. , p. 381 .

ومن ناحية أخرى ، يملك المؤمن فى مواجهة المضرور - رافع الدعوى غير المباشرة - التمسك بكافة الدفوع التى تكون له فى مواجهة المؤمن له ، ومن ثم قد يترتب على ذلك ذهاب الدعوى سدى .

ومن ناحية ثالثة ، لا تقى هذه الدعوى المضرور مغبة أن يقوم المؤمن له بالتصرف فى حقه قبل المؤمن أو التنازل عنه أو التصالح عليه .

وفضلا عما تقدم فإن المؤمن له ، ونتيجة لرفع الدعوى غير المباشرة ، بعد أن يحصل على التعويض ، قد يماطل المضرور فى أداء حقه ، ويعمد إلى إخفاء ما تلقاه من المؤمن .

ليس خافيا، إذا، ضرورة إقرار حق المضرور فى الرجوع مباشرة على المؤمن ، ولئن كانت القواعد العامة لا تقر له بمثل هذا الحق بوصفه أجنبيا عن عقد التأمين ، إلا أن إهدار وتجاهل هذا الحق - من ناحية أخرى - يجردان نظام التأمين من المسئولية من فاعليته ، ويسلبانه أعز مزاياه .

وبحث الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن يقتضى منا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ، نخصص أولها للأساس القانونى لها ، وثانيها لممارسة الدعوى ، بينما نتناول فى ثالثها آثار تلك الدعوى .

الفرع الأول : الأساس القانونى للدعوى المباشرة .

الفرع الثانى : ممارسة الدعوى .

الفرع الثالث : آثار الدعوى المباشرة .

الفرع الأول
الأساس القانونى للدعوى المباشرة

١٦٣ ــ محاولات الفقه رد الدعوى المباشرة إلى أساس قانونى :

بذلت فى الفقه عدة محاولات بغية تحديد أساس قانونى تقوم عليه الدعوى المباشرة ، يتحدد فى ضوئه شروط ممارسة تلك الدعوى وآثارها ، ونعرض فيما يلى . بإيجاز . لتلك النظريات .

١- الإشتراط لمصلحة الغير stipulation pour autrui

ذهب هذا الرأى إلى أن الدعوى المباشرة تستند إلى أحكام الإشتراط لمصلحة الغير [١]، وتبعاً لذلك ، فإن الطبيب المؤمن له حين يبرم عقد التأمين من مسئوليته ، فإنه يشترط بذلك لمصلحة المريض ،فيكون لهذا الأخير الرجوع مباشرة على المؤمن تطبيقا لنص المادة ١١٢١ مدنى فرنسى ، والمادة ١٥٤ مدنى مصرى .

وبالرجوع إلى أحكام الإشتراط لمصلحة الغير ، نجد أنه لا محل لتطبيقها على الدعوى المباشرة ، وتتركز هذه الأحكام فيما يلى :

أ - فى الإشتراط لمصلحة الغير ، يجوز للمشترط ، فى علاقته بالمتعهد ، أن يطالب هذا الأخير بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع، وهو ما يمتنع على المؤمن له، فى التأمين من المسئولية ، أن يطلبه من المؤمن [٢] .

---

(١) انظر فى عرض هذه النظرية . Jacob : op. Cit., no. 278, p. 266 et s
سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤١٥ .

(٢) سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤١٦ .

٥- حق المؤمن فى استئناف الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

للمؤمن حرية استئناف الحكم الصادر من أول درجة أو عدم استئنافه ، حيث لا يتعلق الطعن بالإستئناف أمام القضاء المدنى بالنظام العام .[(١)]

فإذا صدر الحكم بالتعويض وكان متجاوزا قيمة الضمان ، ولم يقم المؤمن باستئنافه ، اعتبر ذلك تنازلا منه عن شرط إدارة الدعوى ، ويسترد المؤمن له حريته فى إدارة دعواه ، ويستطيع عندئذ أن يستأنف الحكم الصادر من أول درجة .[(٢)]

وفى هذه الحالة ، إذا قضى فى الإستئناف بمبلغ أزيد مما قضى به فى أول درجة نتيجة قيام المضرور بإقامة استئناف مقابل appel incident ، كان للمؤمن أن يرجع على المؤمن له بالتعويض ، إذا كان هناك تقصير من هذا الأخير فى إدارة الدفاع .[(٣)]

وإذا قرر المؤمن استئناف حكم أول درجة واعترض المؤمن له على ذلك ، فإنه يستطيع - رغم هذا الإعتراض - أن يقيم الإستئناف ، لأنه لا يعمل لصلحة المؤمن له وحده ، وإنما لصلحة مشتركة لكليهما ، ولذلك فهو لا يسأل عن نتائج هذا الإستئناف إذا ترتب عليه زيادة مبلغ التعويض عما قضى به فى أول درجة ، إذا كان المضرور قد أقام استئنافا مقابلا .[(٤)]

٦- إدارة الدعوى أمام القضاء الجنائى

إذا كان لشرط إدارة الدعوى أثره أمام القضاء المدنى فى منع المؤمن له من التدخل فى سير الدعوى ، فالأمر على خلاف ذلك إذا ما أقيمت الدعوى أمام القضاء الجنائى ،

---

(1) Ibid. , p. 556 .

(2) Freyria : " La direction du proçes en responsabilité par l'assureur " J.C.P. 1954 , I , p. 196 .

(٣) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

(4) Picard et Besson : op. cit., no. 376, p. 557 .

ويرى جانب آخر من الفقه أن المؤمن لا يستطيع إقامة الإستئناف فى حالة اعتراض المؤمن له على ذلك على أساس أن هذا الرفض يعنى انهاء الأخير لوكالة الأول .

انظر Mazeaud (H. L. et J.) op. cit., no. 2676 .

حكم جنائى على المؤمن له يخوله الحق فى استئنافه ، ولو اعترض المؤمن على ذلك ، ولا يعد ذلك مخالفة من الأول لشرط إدارة الدعوى ، لأن هذا الشرط لا يمتد أثره إلى المصلحة الأدبية أو المعنوية للمؤمن له ، والتى يمسها الحكم الجنائى ، لتعلق هذه المصلحة بالنظام العام ، ومن ثم فهى ليست محلا للتنازل عنها بمقتضى ذلك الشرط أو غيره .[1]

فإذا ما أقام المؤمن له الإستئناف عن الحكم الجنائى ، وترتب على ذلك أن قضى بتعويض أزيد مما كان مقضى به فى أول درجة نتيجة إقامة المضرور استئناف مقابل ، التزم بتعويض المؤمن عن هذه الزيادة إن أثبت هذا الأخير وقوع خطأ من المؤمن له فى الدفاع .[2]

ويثور التساؤل عن حق المؤمن فى استئناف الحكم الجنائى فى حالة رفض المؤمن له استئنافه .

ذهب جانب من الفقه[3] ، إلى أن المؤمن يستطيع أن يتمسك بالسقوط فى مواجهة المؤمن له ، لأنه - أى المؤمن - ليس بوسعه أن يستأنف الحكم الجنائى بمقتضى شرط إدارة الدعوى ، و لأن هذا الرفض قد يترتب عليه إقامة استئناف فرعى من النيابة العامة يترتب عليه تشديد العقوبة .

وذهب جانب آخر[4] ، إلى أن المؤمن يستطيع أن يفرض على المؤمن له استئناف الشق المدنى من الحكم لأنه لا يتعلق إلا بمصالح خاصة ، ولأن استئناف النيابة العامة للحكم لا يتوقف على استئناف المتهم .

---

(1) Lambert Faivre (Y) : op. cit., no. 671 .
(2) Picard et Besson : op. cit., no. 377 .
(3) Freyria : op. cit., no. 14 .
انظر كذلك : جمال الدين زكى : المرجع السابق ، ص ٣٤٧ ، إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٢١٩ .
(4) Picard et Besson : op. cit., no. 378 , p. 560 .

٧- جزاء مخالفة شرط إدارة الدعوى

ينبغي التمييز، في القانون الفرنسي، في هذه الخصوص، بين فترة ما قبل صدور القانون رقم ١٠١٤ / ٨٩ في ٣١ ديسمبر ١٩٨٩، وفترة ما بعد ذلك.

أ- ما قبل صدور قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ :

جرى القضاء على تقرير جزاء السقوط في حالة تدخل المؤمن له في إدارة الدعوى، وذلك تأسيسا على أنه قد فوض المؤمن بمقتضى شرط إدارة الدعوى في اتخاذ كل ما يلزم من إجراءات في سبيل سيرها وإدارتها، فيمتنع عليه بعد ذلك أن يخالف مقتضى الشرط ويتدخل معه في مباشرتها.[(١)]

وإذا كانت هذه الفترة تتسم بحظر تدخل المؤمن له non-immixtion de l'assuré في إدارة الدعوى، إلا أنه كان يلتزم بالتعاون مع المؤمن coopération avec l'assueur، ويكون ذلك عن طريق إخطار هذا الأخير بكل ما من شأنه أن يؤثر في سير الدعوى، وإلا تعرض حقه في الضمان للسقوط، مع ملاحظة أنه يلزم لتقرير هذا الجزاء أن يكون هناك نص صريح في عقد التأمين على ذلك.[(٢)]

ب- التنظيم التشريعي (قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩)

أضاف هذا القانون نص المادة ١١٣ / ١٧ إلى تقنين التأمين الفرنسي[(٣)]، حيث نص على أن " المؤمن لا يتعرض لأي سقوط أو أي جزاء آخر على تدخله في إدارة الدعوى إذا كانت له مصلحة في هذا التدخل ".[(٤)]

---

(1) Cass. 1re civ., 18 oct. 1954, p. 424, note Besson .
(2) Cass. 1re civ. 25 nov. 1970, R.G.A.T. 1971, p. 363, note J. Bigot .
(٣) من الجدير بالذكر أن هذا النص قد أدرج في تقنين التأمين الفرنسي بين الأحكام العامة للتأمين، على الرغم من أنه لا يتعلق إلا بالتأمين من المسئولية بوجه خاص، وهو ما يشوب مسلك المشرع الفرنسي بعدم الدقة في تحديد موضع ذلك النص.

انظر في ذلك :

H. Groutel : " Le projet de loi portant diverses mesures relatives aux assurances " R.C.A. 1989, chr. no. 15 .
(4) Art. 113-17 : " L'assuré n'encourt aucune déchéance ni aucune autre sanction du fait de son immixtion dans la diriction du procès s'il avait intérêt à le faire " .

وبناء على ذلك ، لم يعد محظورا على المؤمن له أن يتدخل فى إدارة الدعوى ، حتى فى ظل وجود شرط إدارة الدعوى الذى يخول المؤمن حق الإنفراد بمباشرة إجراءاتها ، ولا يتعرض المؤمن له فى هذه الحالة لأى جزاء ، حتى ولو نص فى عقد التأمين على تقرير جزاء السقوط .

وشرط جواز هذا التدخل أن تكون للمؤمن له مصلحة فى ذلك ، وهو ما قد يبدو فى حالة تراخى أو إهمال المؤمن فى تسيير الدعوى خلافا لما تتطلبه مصلحة المؤمن له فى المضى قدما فى إجراءاتها .[١]

٨- مسئولية المؤمن فى مواجهة المؤمن له :

وتقوم مسئولية المؤمن فى مواجهة المؤمن له على أساس أحكام عقد الوكالة ، فيسأل فى مواجهته عن كل خطأ يصدر عنه فى تنفيذ هذه الوكالة .[٢]

ويتصور الخطأ فى جانب المؤمن إذا أساء اختيار المحامى الذى يتولى الدفاع فى دعوى المسئولية[٣] ، أو إذا حكم بتعويض يجاوز الحد الأقصى لقيمة الضمان إذا كان ذلك نتيجة تقصير منه فى إدارة الدعوى .[٤]

---

(1) J. Bigot : " La loi no. 89-1014 du 31 décembre 1989, portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché eurppéen " J.C.P. éd. G 1990, I, no. 3437 .
(2) P. Pétel : " Le contrat de mandat " Dalloz, 1994, p. 65 .
(3) Cass 1re civ., 2 mai 1989, R.G.A.T. 1989, p. 676, note R. Bout .
(4) Cass. 1re civ. 15 fév. 1977, R.G.A.T. 1977, p. 512, note Besson .

الفرع الثانى
رجوع المؤمن له بالضمان على المؤمن

١٥٩- تمهيـد :

حينما يرجع المضرور على المؤمن له بدعوى المسئولية ، فإن هذا الأخير يرجع على المؤمن بالضمان ، وهذا الرجوع يمكن أن يتم من خلال إحدى وسيلتين ، الأولى هى إدخال المؤمن فى دعوى المسئولية ، والثانية هى الرجوع عليه بدعوى الضمان الأصلية .

١٦٠- الوسيلة الأولى : إدخال المؤمن فى دعوى المسئولية :

غالباً ما يلجأ المؤمن له إلى إدخال المؤمن فى دعوى المسئولية حتى يقضى فى دعوى المسئولية ودعوى الضمان فى آن واحد . [١]

وفضلاً عن ذلك ، فإن المؤمن يستطيع أن يتدخل فى الدعوى من تلقاء نفسه إن لم يقم المؤمن له بإدخاله ، حيث أنه صاحب مصلحة فى أن يدفع المسئولية عن المؤمن له أو أن يدفع الضمان عن نفسه ، وهو فى أى الحالين يفعل ذلك باسمه هو لا نيابة عن المؤمن له كما هو الحال عندما يتولى إدارة الدعوى . [٢]

ويلاحظ أن إدخال المؤمن فى دعوى المسئولية لا تثور بشأنه أية مشكلة إذا كانت هذه الأخيرة منظورة أمام القضاء المدنى ، أما إذا كانت منظورة أمام القضاء الجنائى فلا يجوز للمؤمن له إدخال المؤمن فى الدعوى إلا فى نطاق الشق المدنى . [٣]

---

(١) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٥٢ ، ص ٢٠٩٢ .

(٢) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٣) تنص المادة ٢٥٣ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه " ... ولا يجوز أمام المحاكم الجنائية أن ترفع دعوى الضمان ولا أن يدخل فى الدعوى غير المدعى عليهم بالحقوق المدنية والمسئول عن الحقوق المدنية والمؤمن لديه . " وهذه المادة مستبدلة بالقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٧٦ (الجريدة الرسمية فى ١٩٧٦/٨/٢٨) .

وفى فرنسا لم يكن جائزا ، قبل صدور قانون ٨ يوليو ١٩٨٣ ، دخول المؤمن فى دعوى المسئولية المنظورة أمام القضاء الجنائى ليدافع عن مصالحه المدنية ، وبصدور هذا القانون أصبح من الجائز إدخال المؤمن فى الدعوى المدنية المنظورة أمام القضاء الجنائى فيما يتعلق بجرائم القتل والإصابة الخطأ ليتولى الدفاع عن الشق المدنى فى الدعوى .

وعلى الرغم من أن هذا القانون قد صدر بخصوص بعض صور التأمين من المسئولية [(١)] ، إلا أن الحكم الوارد به تنطبق علته على التأمين من المسئولية الطبية ، لأن الضرر المترتب على النشاط الطبى للطبيب المؤمن له يتمثل أساسا فى الأضرار الجسدية التى تصيب المريض ، إما فى صورة وفاة هذا الأخير أو فى إصابته جسديا .

وبناء على ذلك ، لا نرى ما يحول ، فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، دون دخول المؤمن فى دعوى المسئولية المقامة على الطبيب المؤمن له أمام القضاء الجنائى ، سواء تدخل من تلقاء نفسه أو بناء على إدخال الطبيب له ليدافع عن مصالحه المدنية فى الدعوى .

١٦١ - الوسيلة الثانية : الرجوع عن طريق دعوى الضمان الأصلية :

تفترض هذه الوسيلة أن المؤمن له قد واجه بمفرده دعوى المسئولية ، وقضى فيها بمسئوليته جنائيا أو مدنيا ، فيقوم بعد أن يدفع التعويض إلى المضرور بالرجوع على المؤمن بدعوى أصلية يرفعها أمام القضاء المدنى يطالبه فيها بالضمان إذا لم يستجب هذا الأخير للمطالبة الودية [(٢)] .

وتختلف حجية الحكم الصادر فى دعوى المسئولية بحسب ما إذا كان صادرا أمام القضاء الجنائى أو أمام القضاء المدنى .

---

(١) صدر هذا القانون بخصوص التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات .

(٢) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٥١ ، ص ٢٠٩٠

فالحكم الصادر أمام القضاء الجنائى يكون حجة فى مواجهة المؤمن فيما قرره من مسئولية المؤمن له ، وإن كان يستطيع دائما أن يناقش مدنيا ما إذا كان هناك - مثلا - شركاء آخرون للمؤمن له يقتسمون معه المسئولية [1]

وتطبيقا لذلك فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، فإنه إذا قضى بالمسئولية الجنائية للجراح المؤمن له عما لحق المريض من وفاة أو إصابة من جراء جراحة أجراها له ، كان لمؤمن هذا الجراح أن يثير مسئولية طبيب التخدير ليتوصل إلى إقامة مسئولية مشتركة بينهما تقلل من مبلغ التعويض الواجب عليه .

وبطبيعة الحال ، لن تكون منازعة المؤمن - فى التمثيل المتقدم - إلا بخصوص الشق المدنى ، حيث تظل للحكم الجنائى حجيته فى مواجهته .

أما الحكم الصادر فى دعوى المسئولية من القضاء المدنى ، أو من القضاء الجنائى فى الدعوى المدنية المقامة من المضرور بطريق الإدعاء المدنى ، فليست له هذه الحجية لاختلاف الخصوم والمحل والسبب ، وإن كان يصلح دليلا على تحقق الخطر المؤمن منه - مسئولية المؤمن له - ومن ثم يلتزم المؤمن بالضمان .[2]

(١) المرجع السابق : ص ٢٠٩١

(٢) المرجع السابق : ص ٢٠٩٢ .

المطلب الثانى
الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن

١٦٢- تمهيد وتقسيم:

إذا كان التأمين من المسئولية يهدف إلى ضمان مسئولية المؤمن له ، بحيث يكون لهذا الأخير الحصول على مبلغ التعويض ، فإن الغاية من ذلك هى استقرار هذا المبلغ بين يدى المضرور ، فليس حصول المؤمن له على التعويض هو نهاية المطاف ، بل استيفاء المضرور له هو جوهر العقد ، والغاية التى ينبغى أن يهدف إليها أى نظام قانونى .

وإذا كان المضرور ، وفقا لما تقضى به القواعد العامة من نسبية أثر العقد [١] ، أجنبيا عن عقد التأمين المبرم بين المؤمن له والمؤمن ، ومن ثم لاتقوم بينه وبين هذا الأخير علاقة مباشرة ، ولا يكون له - تبعا لذلك - الحق فى الرجوع عليه مباشرة بالتعويض ، إلا أنه يملك فى مواجهته أن يستعمل حق مدينه - المؤمن له - فى الرجوع عليه عن طريق الدعوى غير المباشرة action ablique .

غير أن هذه الدعوى الأخيرة لا تحقق الحماية الكافية للمضرور [٢] ، فمن ناحية ونظرا إلى أن المضرور - المريض - يمارس هذه الدعوى باسم مدينه المؤمن له - الطبيب - ، فإن دائنى هذا الأخير يزاحمون المضرور فى حصيلة الدعوى فلا يكون له أى استئثار بها دونهم ، وإنما هو يدخل معهم فى قسمة الغرماء ، وذلك ما لم يكن دين أحدهم ممتازا فيستأثر دون المضرور بكل التعويض أو بمعظمه .

---

(١) أثر العقد هو نشوء الحقوق والإلتزامات التى اتجهت إرادة العاقدين إلى إنشائها ، وهى تنصرف — بداهة — إلى ذمة طرفى العقد دون سواهما ، إذ الأصل أن لايفيد من العقد ولايضار به أحد غيرهما (انظر: سليمان مرقس : الوافى . نظرية العقد والإرادة المنفردة ، سابق الإشارة ، ص ٥٦٤) .

(٢) سليمان مرقس : أحكام الإلتزام ، سابق الإشارة ، رقم ١٥٦ ، ص ٣٠٢ وما بعدها .

ومن ناحية أخرى ، يملك المؤمن فى مواجهة المضرور - رافع الدعوى غير المباشرة - التمسك بكافة الدفوع التى تكون له فى مواجهة المؤمن له ، ومن ثم قد يترتب على ذلك ذهاب الدعوى سدى .

ومن ناحية ثالثة ، لا تقى هذه الدعوى المضرور مغبة أن يقوم المؤمن له بالتصرف فى حقه قبل المؤمن أو التنازل عنه أو التصالح عليه .

وفضلا عما تقدم فإن المؤمن له ، ونتيجة لرفع الدعوى غير المباشرة ، بعد أن يحصل على التعويض ، قد يماطل المضرور فى أداء حقه ، ويعمد إلى إخفاء ما تلقاه من المؤمن .

ليس خافيا، إذا، ضرورة إقرار حق المضرور فى الرجوع مباشرة على المؤمن ، ولئن كانت القواعد العامة لا تقر له بمثل هذا الحق بوصفه أجنبيا عن عقد التأمين ، إلا أن إهدار وتجاهل هذا الحق - من ناحية أخرى - يجردان نظام التأمين من المسئولية من فاعليته ، ويسلبانه أعز مزاياه .

وبحث الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن يقتضى منا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ، نخصص أولها للأساس القانونى لها ، وثانيها لممارسة الدعوى ، بينما نتناول فى ثالثها آثار تلك الدعوى .

الفرع الأول : الأساس القانونى للدعوى المباشرة .

الفرع الثانى : ممارسة الدعوى .

الفرع الثالث : آثار الدعوى المباشرة .

الفرع الأول
الأساس القانونى للدعوى المباشرة

١٦٣ ـ محاولات الفقه رد الدعوى المباشرة إلى أساس قانونى :

بذلت فى الفقه عدة محاولات بغية تحديد أساس قانونى تقوم عليه الدعوى المباشرة ، يتحدد فى ضوئه شروط ممارسة تلك الدعوى وآثارها ، ونعرض فيما يلى . بإيجاز . لتلك النظريات .

١- الإشتراط لمصلحة الغير stipulation pour autrui

ذهب هذا الرأى إلى أن الدعوى المباشرة تستند إلى أحكام الإشتراط لمصلحة الغير [١]، وتبعا لذلك ، فإن الطبيب المؤمن له حين يبرم عقد التأمين من مسئوليته ، فإنه يشترط بذلك لمصلحة المريض ،فيكون لهذا الأخير الرجوع مباشرة على المؤمن تطبيقا لنص المادة ١١٢١ مدنى فرنسى ، والمادة ١٥٤ مدنى مصرى .

وبالرجوع إلى أحكام الإشتراط لمصلحة الغير ، نجد أنه لا محل لتطبيقها على الدعوى المباشرة ، وتتركز هذه الأحكام فيما يلى :

أ - فى الإشتراط لمصلحة الغير ، يجوز للمشترط ، فى علاقته بالمتعهد ، أن يطالب هذا الأخير بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع، وهو ما يمتنع على المؤمن له، فى التأمين من المسئولية ، أن يطلبه من المؤمن [٢] .

---

(١) انظر فى عرض هذه النظرية . Jacob : op. Cit., no. 278, p. 266 et s
سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤١٥ .

(٢) سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤١٦ .

ب - بينما يجوز للمتعهد ، فى علاقته بالمستفيد ، فى الإشتراط لمصلحة الغير ، أن يدفع فى مواجهته بكافة الأسباب التى تجعل عقد الإشتراط باطلا أو قابلا للإبطال ، أو أى دفع ناشئ عن عقد الإشتراط [١] ، إنه لا يجوز شئ من ذلك فى إطار عقد التأمين ، فيمتنع على المؤمن أن يحتج فى مواجهة المضرور بأى دفع سابق أو لاحق على وقوع الحادث ، يكون له قبل المؤمن له . [٢]

وفضلا عما تقدم ، فإن المؤمن له يتعاقد - من حيث المبدأ - لمصلحة نفسه لا لمصلحة المضرور [٣] ، ولهذا فإنه لا يتوانى عن دفع مطالبة هذا الأخير بهدف التوصل إلى رفضها أو قصر التعويض على أقل قدر ممكن [٤] ، وليس الحال هكذا فى الإشتراط لمصلحة الغير .

٢- الإنابة الناقصة délégation imparfaite

ذهبت بعض الأحكام [٥] ، كما ذهب جانب من الفقه [٦] إلى أن أساس الدعوى المباشرة هو إنابة المؤمن عن المؤمن له فى أداء التعويض إلى المضرور ، حيث يكون الأول منابا délégué عن الثانى - المؤمن له - وهو المنيب délégant ، بينما يكون الثالث - المضرور - منابا لديه délégataire ، وهى إنابة ناقصة لأن المنيب يظل مدينا للمناب لديه ، وينضم إليه المناب مدينا ثانيا فى حدود مبلغ التأمين . [٧]

---

(١) سليمان مرقس : المرجع السابق ، رقم ٣٢٧ ، ص ٦٢٤ .

(2) Picard et Besson : op. cit., no. 380

انظر كذلك ، سعد واصف : المرجع السابق ، نفس الموضع .

(3) Jacob : op. cit., no. 278, p. 267 .

(٤) سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤١٨ .

(5) Paris 5 juin 1930, R.G.A.T. 1930, p. 1094
; Colmar 14 déc. 1937, R.G.A.T. 1937, p. 265

(6) B. Attalla : " Le droit propre de la victime et son action directe contre l'assureur de la responsabilité autombile obligatoire " thése, Paris , 1967, p. 72 .

(٧) سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤١٩ .

على أن هذا الرأى قد تعرض للنقد على أساس أن المضرور لا يحتج في مواجهته بالسقوط déchéance أو الدفوع exceptions اللاحقة على تحقق الكارثة .(١)

يضاف إلى ذلك أن المؤمن - فى حقيقة الأمر - يوفى دين نفسه لا دين غيره ، وكل ما هنالك أنه يوفيه إلى المضرور دون المؤمن له ، ومن ثم فليس هناك من أساس سواء فى القانون أو الإتفاق يكشف عن انصراف اتجاه إرادة المؤمن والمؤمن له إلى قيام علاقة إنابة بينهما . (٢)

٣- فكرة الإمتياز privilége

يستند هذا الرأى (٣) ، إلى أن للدائن - المضرور - حق إمتياز droit de préférence على حق مدينه - المؤمن له - فى ذمة مدين هذا الأخير - المؤمن - وذلك على أساس أن من يقدم عناصر عقد - وهو هنا المؤمن له - بين الطرف الآخر فى العقد - وهو المؤمن - والغير - وهو المضرور - يخول هذا الغير حق امتياز على هذا الحق ، مثل الإمتياز الذى يكون لبائع الشئ على الثمن الذى يبيع به المشترى لآخر.

ويؤخذ على هذا الرأى أن حق الإمتياز لا يتقرر إلا بنص قانونى (٤) ، فضلا عن أن المضرور ، إذ يستأثر بمبلغ التأمين دون دائنى المؤمن ، يملك أكثر من مجرد الأفضلية ، فهو لا يتزاحم - أساسا - مع أحد من هؤلاء لأنهم لا يملكون أى حق تجاه مبلغ التأمين .(٥)

---

(1) Jacob : op. cit., p. 267
(2) Picard et Besson : op. cit., no. 380 .

انظر كذلك ، إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٢٥١ .

(3) Planiol (M) , et Ripert (G) et
Besson : " Droit civile française " 2 éd. 1954, no. 1367, p. 784 .

انظر فى عرض هذا الرأى ، سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤٢٥ وما بعدها

(٤) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٥٤ ، ص ٢١٠٣ .

(5) Picard et Besson : op. cit., no. 380

٧- جزاء مخالفة شرط إدارة الدعوى

ينبغي التمييز، في القانون الفرنسى، في هذه الخصوص، بين فترة ما قبل صدور القانون رقم ١٠١٤ / ٨٩ فى ٣١ ديسمبر ١٩٨٩، وفترة ما بعد ذلك .

أ- ما قبل صدور قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ :

جرى القضاء على تقرير جزاء السقوط فى حالة تدخل المؤمن له فى إدارة الدعوى، وذلك تأسيسا على أنه قد فوض المؤمن بمقتضى شرط إدارة الدعوى فى اتخاذ كل ما يلزم من إجراءات فى سبيل سيرها وإدارتها، فيمتنع عليه بعد ذلك أن يخالف مقتضى الشرط ويتدخل معه فى مباشرتها .[(١)]

وإذا كانت هذه الفترة تتسم بحظر تدخل المؤمن له non-immixtion de l'assuré فى إدارة الدعوى، إلا أنه كان يلتزم بالتعاون مع المؤمن coopération avec l'assueur، ويكون ذلك عن طريق إخطار هذا الأخير بكل ما من شأنه أن يؤثر فى سير الدعوى، وإلا تعرض حقه فى الضمان للسقوط، مع ملاحظة أنه يلزم لتقرير هذا الجزاء أن يكون هناك نص صريح فى عقد التأمين على ذلك .[(٢)]

ب- التنظيم التشريعى (قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩)

أضاف هذا القانون نص المادة ١١٣ / ١٧ إلى تقنين التأمين الفرنسى[(٣)]، حيث نص على أن " المؤمن لا يتعرض لأى سقوط أو أى جزاء آخر على تدخله فى إدارة الدعوى إذا كانت له مصلحة فى هذا التدخل " .[(٤)]

---

(1) Cass. 1re civ., 18 oct. 1954, p. 424, note Besson .
(2) Cass. 1re civ. 25 nov. 1970, R.G.A.T. 1971, p. 363, note J. Bigot .
(٣) من الجدير بالذكر أن هذا النص قد أدرج فى تقنين التأمين الفرنسى بين الأحكام العامة للتأمين، على الرغم من أنه لا يتعلق إلا بالتأمين من المسئولية بوجه خاص، وهو ما يشوب مسلك المشرع الفرنسى بعدم الدقة فى تحديد موضع ذلك النص .
انظر فى ذلك :
H. Groutel : " Le projet de loi portant diverses mesures relatives aux assurances " R.C.A. 1989, chr. no. 15 .
(4) Art. 113-17 : " L'assuré n'encourt aucune déchéance ni aucune autre sanction du fait de son immixtion dans la diriction du procès s'il avait intérêt à le faire " .

وبناء على ذلك ، لم يعد محظورا على المؤمن له أن يتدخل فى إدارة الدعوى ، حتى فى ظل وجود شرط إدارة الدعوى الذى يخول المؤمن حق الإنفراد بمباشرة إجراءاتها ، ولا يتعرض المؤمن له فى هذه الحالة لأى جزاء ، حتى ولو نص فى عقد التأمين على تقرير جزاء السقوط .

وشرط جواز هذا التدخل أن تكون للمؤمن له مصلحة فى ذلك ، وهو ما قد يبدو فى حالة تراخى أو إهمال المؤمن فى تسيير الدعوى خلافا لما تتطلبه مصلحة المؤمن له فى المضى قدما فى إجراءاتها . (١)

٨- مسئولية المؤمن فى مواجهة المؤمن له :

وتقوم مسئولية المؤمن فى مواجهة المؤمن له على أساس أحكام عقد الوكالة ، فيسأل فى مواجهته عن كل خطأ يصدر عنه فى تنفيذ هذه الوكالة . (٢)

ويتصور الخطأ فى جانب المؤمن إذا أساء اختيار المحامى الذى يتولى الدفاع فى دعوى المسئولية (٣) ، أو إذا حكم بتعويض يجاوز الحد الأقصى لقيمة الضمان إذا كان ذلك نتيجة تقصير منه فى إدارة الدعوى . (٤)

---

(1) J. Bigot : " La loi no. 89-1014 du 31 décembre 1989, portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché eurppéen " J.C.P. éd. G 1990, I, no. 3437 .
(2) P. Pétel : " Le contrat de mandat " Dalloz, 1994, p. 65 .
(3) Cass 1re civ., 2 mai 1989, R.G.A.T. 1989, p. 676, note R. Bout .
(4) Cass. 1re civ. 15 fév. 1977, R.G.A.T. 1977, p. 512, note Besson .

١٦٤- مسلك المشرع بخصوص إقرار الدعوى المباشرة للمضرور في مواجهة المؤمن :

١- فى فرنسا :

يمكن القول أن هناك أساسا تشريعيا عاما [١] لحق المضرور المباشر فى مواجهة المؤمن ، حيث أقر المشرع الفرنسى هذا الحق بنص عام هو نص المادة ١٢٤ / ٣ من تقنين التأمين الفرنسى [٢] ، التى تقضى بأنه " لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المضرور المبلغ المستحق فى ذمته كليا أو جزئيا ، مادام المضرور لم يكن قد عوض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الآثار المالية المترتبة على الفعل الضار الذى ترتبت عليه مسئولية المؤمن له " . [٣]

وإذا كان هذا النص لم يذكر صراحة وجود دعوى مباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن ، إلا أن كلا من الفقه [٤] والقضاء قد اعتمده سندا تشريعيا لهذه الدعوى ، حيث قضى [٥] ، أنه " إذا كانت دعوى المضرور فى مواجهة المؤمن مرتبطة بوجود اتفاق مبرم بين هذا الأخيروبين مرتكب الحادث ، ولا يمكن ممارستها إلا فى نطاق تلك الحدود ، فإنها تجد أساسها - بمقتضى القانون - فى الحق فى تعويض الضرر الناشئ عن الحادث الذى ارتكبه المؤمن له المسئول " . [٦]

---

(١) تعرض المشرع الفرنسى فى تشريعات خاصة سابقة لحق المضرور المباشر فى مواجهة المؤمن ، من ذلك قانون ١٩ فبراير ١٨٨٩ الخاص بتأمين مسئولية المستأجر والجار عن حريق العين المؤجرة حيث قضى فى هذا القانون بمنع المؤمن من دفع مبلغ التأمين إلى المؤمن له قبل أن يستوفى المضرور حقه ، ثم قانون ٩ أبريل ١٨٩٨ الخاص بالتأمين من المسئولية عن عن حوادث العمل ، والذى قرر به حق المضرور فى الإستئثار بمبلغ التأمين .

(٢) تقابل هذه المادة نص المادة ٥٣ من قانون ١٣ يوليو ١٩٣٠ .

(3) Art. 124 -3 : " L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui,tant que ce tiers n'a pas été désinteressé, jusqu'à concurrence de la dite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité da l'assuré " .

(4) Picard et Besson : op. cit., no. 380 .

(5) Cass.civ., 28 mars 1939, R.G.A.T. 1939, p. 235 ; Cass. 1re civ., 22 juill. 1986,R.G.A.T. 1986, p. 595, note G. Viney .

(6) " Si l'action de la victime d'un accident contre l'assureur est subordonnée à l'existence d'une convention passée entre ce dernier et l'auteur de l'accident et ne peut s'exercer que dans ses limites, elle trouve, en vertu de la loi, son fondement dans le droit à la réparation du préjudice causé par l'accident dont l'assuré est reconnu responsable "

وعلى ذلك فإن هذا النص يسرى على كافة عقود التأمين من المسئولية بما فيها التأمين من المسئولية الطبية ، حيث لا يوجد نص خاص بالنسبة لهذا النوع من تأمين المسئولية ، على أنه فيما يتعلق بالتأمين الإجبارى من المسئولية عن التجارب الطبية ، أورد المشرع الفرنسى نصاً خاصاً [1] ، يستفاد منه وجود حق للمضرور - الشخص الخاضع للتجربة - فى الدعوى المباشرة تجاه مؤمن المسئول - الشخص القائم بالتجربة - وهو ما سوف نعالجه فى حينه . [2]

٢- فى مصر :

يمكن القول أن التشريع المصرى قد خلا من نص عام [3] يقرر صراحة أو ضمناً حق المضرور فى الدعوى المباشرة فى مواجهة المؤمن ، اللهم إلا فيما يتعلق بالتأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات ، حيث قرر المشرع المصرى هذا الحق للمضرور فى المادة الخامسة من قانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ . [4]

وبالرغم من ذلك فإن الفقه [5] ، قد أقر - بوجه عام - للمضرور بهذا الحق ، فى حين

---

(١) هو نص المادة ٢٠٥١ من مرسوم ١٤ مايو ١٩٩١ بخصوص التأمين الإجبارى من المسئولية عن التجارب الطبية ، والذى جاء فيه " ... إلا أنه (أى المؤمن) يستطيع استعمال دعوى الرجوع بالمبالغ التى دفعها للمضرور بدلا من ، ومحل ، المؤمن له " والمستفاد من هذه الفقرة ـــ بحسب سياق النص ـــ أن المضرور استوفى التعويض مباشرة من المؤمن ، وأن هذا الأخير يكون له حق الرجوع بهذا المبلغ على المؤمن له ، وذلك فى الحالات التى يكون فيها ضمان هذا الأخير مستبعداً فى مواجهة المؤمن .

(٢) انظر لاحقاً ، ص ٤٤٥ .

(٣) تضمن التشريع المصرى العديد من النصوص المتفرقة التى أعطت للمضرور حقاً مباشراً له فى مواجهة المؤمن ، ومن أمثلة هذه النصوص أ ـــ القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الخاص بإصابات العمل ، والذى قضى بحق العامل فى مطالبة رب العمل والمؤمن متضامنين إذا كان صاحب العمل مؤمناً من مسئوليته عن حوادث العمل .

ب ـــ القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ ، الذى ألزم صاحب العمل بالتأمين الإجبارى ، ومن بعده قانون ١١٧ لسنة ١٩٥٠ الذى ألحق أمراض المهنة بإصابات العمل ، وألزم صاحب العمل بالتعويض عنها.

جـ ـــ نص المادة ٥٠ من مشروع قانون التأمين المصرى الذى قضى بأنه " لا يجوز للمؤمن أن يؤدى للمؤمن له غير المضرور مبلغ التعويض كله أو بعضه ، مادام أن المضرور لم يعوض بأية كيفية كانت عن الأضرار التى نشأت عنها مسئولية المؤمن له " .

(٤) يجرى نص المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بخصوص التأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات على النحو التالى : " يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أوعن أية أصابة بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارة إذا وقعت فى جمهورية مصر ، وذلك فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٦ من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ ، ويكون التزام المؤمن بقيمة ما يحكم به قضائياً من تعويض مهما بلغت قيمته ، ويؤدى المؤمن مبلغ التعويض التعويض إلى صاحب الحق فيه .

(٥) محمد على عرفة : " التأمين والعقود الصغيرة " ، ط ٢ ، ص ٢٥٦ وما بعدها ، سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤٠٧ وما بعدها

لم تسلك أحكام القضاء مسلكا واحدا فى هذا الخصوص ، حيث أنكر بعضها [(١)] هذا الحق ، فى حين أقر به البعض الآخر . [(٢)]

الحاصل أن الدعوى المباشرة فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية لا تخرج فى أساسها عما هو مقرر فى خصوص التأمين من المسئولية بوجه عام ، حيث لا يوجد نص خاص يقررها ، فيما عدا ما هو مقرر فى مجال التأمين الإجبارى من المسئولية عن التجارب الطبية فى فرنسا ، وترتيبا على ذلك ، تتأسس هذه الدعوى على فكرة العدالة ، باعتبارها الغاية العليا التى يتوخاها القانون .

٣- تشريع التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية فى ليبيا :

وضع المشرع الليبى ، فى تنظيمه للتأمين الإجبارى من المسئولية الطبية ، أساسا قانونيا للدعوى المباشرة فى هذا الخصوص ، وذلك فى الفقرة الثانية من المادة الثلاثين من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم ٥٥٦ لسنة ١٩٩١ ، الصادر بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبى [(٣)] ، حيث نص على أنه " ويجوز لصاحب الشأن عدم قبول مبالغ التعويض واللجوء إلى القضاء لتحديده ، وفى هذه الحالة تلتزم الهيئة بقيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت قيمته ، وبأداء هذه القيمة لمن له الحق فيه " ، والمستفاد من هذا النص أنه قد أقر للمضرور دعوى مباشرة فى مواجهة المؤمن ، وهو فى التشريع الليبى هيئة ألتأمين الطبى . [(٤)]

---

(١) طعن بالنقض رقم ٢٢١٠ لسنة ٦٣ ق ، بجلسة ٧ ديسمبر ١٩٩٤ ، وقد جاء فى حيثيات هذا الحكم أن " نص المادة ٧٤٧ من القانون المدنى يقضى بأن التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدى إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه عوضاماليامعينا فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد مؤداه ـــ وطبقاللقواعد العامة فى القانون المدنى ـــ أنه لاتوجد علاقة بين المؤمن والمضـــرور ، فالمضرور ليس طرفافى عقد التأمين ولاهو يمثل فيه بل هو غير معروف للمتعاقدين عند التعاقد ، ولم يورد المشرع ضمن أحكام القانون المدنى نصاخاصا يقرر للمضرور حقا مباشرا فى مطالبة المؤمن بالتعويض الذى يسأل عنه هذا الأخير قبل المستأمن إلا حيث تتضمن وثيقة التـــأمين اشتراطا لمصلحة الغير (مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية ودائرة الأحوال الشخصية ، س ٤٥ ، جـــ ٢ ، ص ١٥٦٣) انظر كذلك : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٩٣ ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ، س ٤٢ ، ص ٣٨٩ .

(٢)استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ ، مجلة التشريع والقضاء ، س ٤٧ ، ص ٢٥٧ ، ٢٩ مارس ١٩٤٤ ، المجلة السابقة ، س ٥٦ ، ص ٩٧ ، ٣١ مايو ١٩٤٤ ، المجلة السابقة ، س ٥٦ ، ص ١٧٩ .

(٣) الجريدة الرسمية الليبية ، س ٣٠ ، ع ٩ ، ٢١ / ٥ / ١٩٩٢

(٤) سعد العسبلى : المرجع السابق ، ص ٣٥٩ .

الفرع الثانى
ممارسة الدعوى المباشرة

١٦٥- تمهيـد :

يقتضى الحديث عن ممارسة الدعوى أن نبحث فى الشروط اللازمة لقبولها ، وتحديد المحكمة المختصة بنظرها ، وأخيرا فى تقادم هذه الدعوى

١٦٦ - أولا : شروط قبول الدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة كأى دعوى أخرى يلزم لقبولها توافر عدة شروط ، فرافع الدعوى يجب أن تكون له صفة فى رفعها ، كما يجب أن تكون له مصلحة فى ذلك ، يضاف إلى ذلك - بخصوص هذه الدعوى - أن يختصم المؤمن له المسئول ، كما يلزم أخيرا أن يثبت ضمان المؤمن وتحقق الخطر المؤمن منه .

والحقيقة أن كلا من الشرط الأول والثانى لايعدو أن يمثل وصفا لشرط المصلحة الذى يعده الفقه [١] ، شرطا جامعا لقبول الدعوى - بوجه عام- فشرط الصفة فى حقيقته يعنى أن مصلحة رافع الدعوى يجب أن تكون شخصية ومباشرة ، كما أن شرط المصلحة يعنى أن مصلحة رافع الدعوى يجب أن تكون قانونية ، فالشرطان وصفان متميزان للشرط الجامع وهو شرط المصلحة .

وترتيبا على ذلك ، فإننا نعالج الشرطين الأول والثانى بوصفهما عنصرين لشرط واحد هو شرط المصلحة .

---

(١) عبد المنعم الشرقاوى : " نظرية المصلحة فى الدعوى " رسالته للدكتوراة ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٤٧ ، رقم ٤٠ ، ص ٤٢ ، رمزى سيف : " الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية " ط ٩ ، سنة ١٩٦٩ / ١٩٧٠ ، رقم ١٠٣ ، ص ٩٣٨ . وهـذا الرأى بخلاف ما يذهب إليه جانب آخر من الفقه الذى يقرر أن هذه الخصائص هى فى الدعوى ذاتها ، يؤدى توافرها إلى تحقق المصلحة فى الدعوى ، ويعبر شرط قانونية الدعوى عن الجانب القانونى للدعوى ، وشرط المصلحة العملية عن الجانب الواقعى أو المادى للدعوى ، وشرط الصفة عن جانبها الشخصى (وجدى راغب فهمى : " مبادئ القضاء المدنى. قانون المرافعـات " ، ط ٢ ، جـ ١ ، سـنة ١٩٩٧ ، ص ١٠٢)

ومن جماع ما تقدم يمكن القول أنه يلزم توافر ثلاثة شروط لممارسة الدعوى المباشرة ، وهى شرط المصلحة ، واختصام المؤمن له المسئول ، والإثبات .

١٦٧- الشرط الأول : وجود مصلحة فى رفع الدعوى المباشرة

(١) يجب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة (عنصر الصفة)

تمارس هذه الدعوى من جانب كل من له الحق فى مطالبة المؤمن له المسئول بالتعويض ، ولذلك فهى لا تقتصر على المضرور ، وإنما يمكن أن ترفع كذلك من الأشخاص الذين يحلون محله فى حقوقه .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا التحديد - مستهدية فى ذلك بنص المادة ١٢٤ / ٣ من تقنين التأمين - بقولها : " إن المستفاد من هذا النص أن الغير المصاب وحده ، أو - عند عدم وجوده - من يحل محله فى حقوقه ، هو الذى يملك ممارسة الدعوى المباشرة فى مواجهة مؤمن المسئول ". (١)

أ - المضرور : وهو كل من لحقه ضرر من الفعل الضار الذى وقع من المؤمن له المسئول ، وهو - أساسا - صاحب الصفة فى رفع الدعوى يستوى فى ذلك أن يكون قد أضير بصورة مباشرة victime immédiate ، أو بصورة غير مباشرة une victime par ricochet . (٢)

ومثال المضرور المباشر ، المريض ، أما المضرور غير المباشر ، فمثاله الخلف العام - ورثة المريض - الذين يصيبهم ضرر شخصى من وفاة مورثهم ويطالبون بالتعويض بصفة شخصية عن هذه الأضرار ، وهو ضرر متميز عن حق مورثهم فى التعويض ، والذى يطالبون به محله .

---

(1) Cass. 1re civ., 15 janv. 1991, R.G.A.T. 1991, p. 405, note R. Bout
(2) Cass. civ. 23 juill. 1974, R.G.A.T.

ويلاحظ أنه لا يجوز لمن ساهم مع المسئول فى وقوع الضرر أن يقيم الدعوى المباشرة ، ومن ثم فلا رجوع له بالضمان على مؤمن هذا الأخير، لانتفاء صفة المضرور عنه (١) فطبيب التخدير الذى ساهم -مثلا- مع الجراح المؤمن له فى وقوع الضرر على المريض ، لا يجوز له استعمال الدعوى المباشرة ، ومطالبة مؤمن هذا الأخير بالضمان .

ب - الخلف العام : وهؤلاء قد يباشرون الدعوى - كما أشرنا حالا - إما للمطالبة بحق مورثهم فى التعويض ، وذلك على أساس انتقال هذا الحق إليهم بالوراثة ، وإما للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى أصابتهم بصفة شخصية من جراء تلك الوفاة .

وثمة فرض خاص قد يحدث - فى هذه الحالة الأخيرة - وذلك عندما يكون المضرور خلفا عاما للمسئول ، فإذا توفى هذا الأخير، اجتمعت فى الأول صفتا الدائن والمدين نتيجة اتحاد الذمة confusion de droit ، بينه وبين مورثه المسئول . (٢)

وهو أمر متصور حدوثه فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، إذ قد يكون المريض المضرور خلفا عاما للطبيب المؤمن له المسئول ، وتجتمع فى الأول - حال وفاة الثانى - صفتا الدائن والمدين .

ولما كان الدين ينقضى - وفقا للقواعد العامة - باتحاد الذمة ، فإن المضرور- المريض - لا يستطيع - فى هذه الحالة - ممارسة الدعوى المباشرة ضد مؤمن مورثه المسئول - الطبيب المؤمن له -إذ المضرور لا يرجع على نفسه ، أو بعبارة أخرى ، على مؤمنه . (٣)

---

(1) Cass. civ., 15 mai 1984, R.G.A.T. 1985 p. 104, note G. Viney .

(2) Lamy assurance : op. cit., no. 1318, p.

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من التقنين المدنى المصرى ، والتى تقابل نص المادة ١٣٠٠ من التقنين المدنى الفرنسى ، على أنه " إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة " . انظر فى ذلك:
picard et Besson : op. cit., p. 573 .

وإذا كان الحكم المتقدم هو ما تقضى به القواعد العامة ، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت ، فى حكم حديث - وهام - لها فى ٢٥ مايو ١٩٩٢ [١] ، إلى أن اتحاد الذمة لا يمثل عائقا دون ممارسة الدعوى المباشرة . [٢]

جـ - الأشخاص الذين يحلون محل المضرور:

يجوز إقامة الدعوى المباشرة كذلك ممن يحل قانونا محل المضرور ، وقد يحل محل هذا الأخير مؤمن الأضرار ، وقد يحل محله صندوق الضمان .

١- مؤمن الأضرار: ويكون له ذلك إذا كان قد أوفى المضرور حقه فى التعويض عما أصاب الشئ المؤمن عليه فقد يؤمن - على سبيل المثال - شخص على سيارته من خطر الإتلاف ، فإذا تحقق الخطر وقام المؤمن بتعويض المضرور ، فإنه يجوز له أن يحل محل هذا الأخير فى الرجوع على مؤمن المسئول مباشرة . [٣]

---

(1) Cass. 1re civ. 25 mai 1992, Bull. civ. I, no. 150 ; R.G.A.T. 1992, p. 533, note J. Landel ; R.C.A. 1992, no. 335 .

(٢) وقد صدر هذا الحكم فى نطاق التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات ، بخصوص حادث سيارة راح ضحيته السيدة التى كانت تقود السيارة ، وهى المؤمن له المسئول ، وزوج هذه السيدة ، وذلك على أثر تصادم سيارتهما بسيارة أخرى ، وقد رفع أولادهما الدعوى المباشرة على المؤمن مطالبين بالتعويض ، فدفع المؤمن بانقضاء حقهم فى التعويض باتحاد الذمة حيث أنه قد اجتمعت فيهم صفتا الدائن والمدين ، بوصفهم ورثة لكل من المؤمن له المسئول — الأم — ، والمضرور — الأب — ، غير أن محكمة استئناف باريس قضت فى ٣١ مارس ١٩٨٩ بأن اتحاد الذمة لا ينقضى به حق الأولاد ، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم ، وذهبت فى تأسيس ذلك إلى ضرورة التفرقة بين دعوى المضرور المباشرة فى مواجهة المؤمن ، وبين دعوى المسئولية التى يقيمها فى مواجهة المسئول ، مستخلصا من ذلك تميز حق المضرور فى كل منهما عن الآخر وفى تعليقه على هذا الحكم — مؤيدا له — ذهب الأستاذ H. Groutel ، إلى أنه ليس من المقبول ألا يستوفى المضرور حق مورثه فى الضمان ، الذى هو جزء من تركته ، فى الوقت الذى يسأل فيه عن ديون هذه التركة ، فإذا كان حقه فى التعويض فى مواجهة مورثه المسئول ينقضى باتحاد الذمة بوفاة هذا الأخير ، فإن حقه فى مبلغ التأمين ، والذى ينوب عن عن مورثه فى استيفائه ، لاينقضى باتحاد الذمة ، ومن ثم لايكون للمؤمن أن يتحلل من أداء الضمان إليه ، مستندا إلى ذلك وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها بأنه لا يهم أن يكون من يباشر الدعوى المباشرة خلفا عاما للمسئول عن تحقق الضرر

(H. Groutel : " La distance entre l'action directe contre l'assureur de responsabilité et l'action contre le responsable " , R.C.A. 1992, chr. 29, p. 3)

كما أشار الاستاذ J.Landdel فى تعليقه على هذا الحكم ، إلى أنه على الرغم من أن قائد السيارة وإن كان مستبعدا من نطاق الضمان فى التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات ، إلا أن خلفه العام لا يستبعدون منه ، وهو ما استقر عليه قضاء النقض

(Civ. 1re 22 Janv. et 7 Juin 1974 , J.C.P., p. 83 ; Cass. civ. 6 nov. 1974, R.G.A.T. 1975, p. 423; Cass. civ. 18 nov. 1975, Bull. civ. 1975, no. 273, obs. de Berr et Groutel) .

انظر هذا التعليق فى. R.G.A.T. 1992, p. 533

(3) Picard et Besson : op. cit., no. 384 ; Stéphanie Thiré : " L'action directe de la victime contre l'assureur " 1995, p. 8 .

السنهورى : المرجع السابق ، جـ ٧ ، رقم ٨٥٥.

ولما كان الطبيب المؤمن له - فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية - يسأل عن المخاطر التى قد تلحق بالأشياء الخاصة بالمريض (كالفقد أو الإتلاف) والتى تقع فى عيادته أو مستشفاه أثناء مباشرة عمله الطبى ، فإنه يجوز - متى كان المريض مؤمنا على هذه الأشياء ضد مثل هذه المخاطر - لمؤمن الأضرار أن يحل محل المضرور - المريض - فى الرجوع مباشرة على مؤمن المسئول - الطبيب المؤمن له - بما يكون قد أوفاه من تعويض إلى المضرور ويلزم لاستعمال المؤمن حق الحلول محل المضرور فى الرجوع على الغير المسئول أو على مؤمن هذا الأخير توافر عدة شروط .

(١) أن يكون عقد التأمين المبرم بين المضرور والمؤمن عقد تأمين من الأضرار :

فلا يجوز للمؤمن فى التأمين على الأشخاص - وفقا للقواعد العامة - استعمال حق الحلول محل المضرور [١] ، ويرجع ذلك إلى أن المؤمن له أو المستفيد فى هذا النوع من التأمين يجمع بين مبلغ التأمين وتعويض المسئولية ، ولذلك لا يكون للمؤمن الحق فى الحلول محله ولو اشترط ذلك فى وثيقة التأمين .[٢]

أما فى تأمين الأضرار سواء كان تأمينا على الأشياء - كما فى المثال المتقدم فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية -أو تأمينا من المسئولية - ومثالها تأمين المضرور مسئوليته عن حوادث السيارات (كما هو الحال فى الحوادث المشتركة ، ما لم يكن حق المضرور قد انقضى بالمقاصة فى مواجهة المسئول قبله) ، فيكون لمؤمن المضرور الرجوع بما أوفاه إلى هذا الأخير على المسئول أو على مؤمن هذا المسئول بطريق الدعوى المباشرة.

ويلاحظ أن حق المؤمن فى الحلول محل المضرور لا يكون فقط فى مواجهة المسئول أو مؤمنه ، وإنما يمكن أن يكون كذلك فى مواجهة من ساهم مع هذا المسئول فى وقوع الضرر [٣]

(١) نصت على هذا الحكم المادة ٧٦٥ من التقنين المدنى المصرى بقولها : " فى التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق فى الحلول محل المؤمن له أو المستفيد فى حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث " .

(٢) جلال إبراهيم : المرجع السابق ، رقم ٥١٥ ، أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، رقم ٣٥٧ ، ص ٤٧٨.

(3) S. THIRE : op. cit., p. 9

، فيجوز، فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، للمؤمن أن يحل محل المضرور فى الرجوع مباشرة على طبيب آخر بخلاف الطبيب المؤمن له إذا كان قد ساهم مع هذا الأخير فى وقوع الضرر.

(٢) أن يكون المؤمن قد أدى التعويض إلى المضرور:

تمارس الدعوى المباشرة بطريق الحلول فى نطاق حقوق المضرور الذى سبق أن استوفى حقه فى التعويض ، ولذلك يجب على مؤمن المضرور الذى يحل محل المضرور فى دعواه المباشرة أن يثبت قيامه بأداء التعويض إلى هذا الأخير[١] .

ولا يكفى لجواز الحلول، كما يذهب جانب من الفقه[٢] ، أن يكون عقد التأمين صحيحا وأن يكون المؤمن حسن النية ، بل يشترط أن يكون هذا الأخير ملتزما بالتعويض تجاه المضرور، فإذا لم يكن ملتزما بذلك لم يجز له هذا الحلول ، فالمؤمن الذى يفى المضرور خارج نطاق الضمان المحدد فى العقد لا يملك - بناء على هذا الوفاء - أن يرجع على الغير المسئول أو على مؤمنه ، وإلا لأدى الحلول إلى امتداد الضمان إلى مخاطر مستبعدة من نطاق التأمين . [٣]

فإذا كان المريض - المضرور - قد أبرم تأمينا على بعض أمواله ضد مخاطر التلف ، فإن تحقق مخاطر أخرى ، كفقدها أو سرقتها فى عيادة الطبيب ، وقيام المؤمن بتغطية هذه المخاطر، وهى مخاطر لا يلتزم بتغطيتها لأنها مستبعدة من الضمان ، لا يجيز له الحلول محل المؤمن له - المريض - فى الرجوع على الطبيب - الغير المسئول - أو على مؤمن مسئولية هذا الأخير.

---

(1) Cass. 1re civ., 15 mai 1984, R.G.A.T. 1985, p. 104 ; Cass. 1re civ., 15 janv. 1991, R.G.A.T. 1991, p. 405
(2) Lambert- Faivre : op. cit., no. 600, p. 338 .

أحمد شرف الدين : أحكام التأمين ، المرجع السابق ، ص ٥٠٤.

(3) Picard et Besson : op. cit., no. 335

ولايقدح فى هذا الرأى أن المشرع لم يتطلب هذا القيد هوكون المؤمن ملتزما بأداء التعويض - أو أنه يؤدى إلى إحجام المؤمن عن تعويض المؤمن له - المضرور - لعدم استطاعته استرداد هذا التعويض بطريق الحلول ، فهذه الإعتبارات ، على الرغم من وجاهتها ، إلا أن القول بغير ذلك - أى بغير ما قررناه - يتيح تطبيق أحكام التأمين فى غير محلها [١] ، فهذه الأحكام ينبغى أن تطبق فى حدود نطاق الضمان المنصوص عليه فى العقد ، وإلا لم يعد لتحديد هذا النطاق قيمة .

(٣) محل الدعوى المباشرة بطريق الحلول:

لا يكون للمؤمن حق فى الحلول محل المضرور فى دعواه المباشرة إلا فى حدود الضرر الذى أدى إلى المضرور تعويضا عنه ، ولذلك ، إذا كانت هناك أضرار متعددة ، لم يعوض هذا الأخير إلا عن بعضها ، فلا يكون للمؤمن أن يحل محله فى المطالبة بتعويضها .[٢]

٢- صندوق الضمان:

بالإضافة إلى مؤمن الأضرار ، يمكن أن يحل - كذلك - محل المضرور فى دعواه المباشرة ضد مؤمن المسئول ، صناديق الضمان التى تكون قد أوفت إلى المضرور التعويض المستحق له ، ومثال ذلك فى المجال الطبى ، ما قرره قانون ٣١ ديسمبر ١٩٩١ الخاص بتعويض ضحايا الإيدز فى فرنسا ، حيث يجوز لصندوق الضمان بعد أن يعوض المضرور أن يحل محله فى الرجوع على مؤمن المسئول ، وهذا الأخير ، غالبا [٣]، ما يكون مؤمن مركز حفظ ونقل الدم ، باعتبار أن المركز هو الملتزم بتحليل وفحص الدم المطلوب نقله للتأكد من خلوه من الأمراض ، وأيضا من مطابقة فصيلة الدم المنقول مع فصيلة دم الشخص المنقول إليه .[٤]

(I) Ibid., no. 335 .
(2) Cass. civ. 1re, 15 mai 1984, R.G.A.T. 1985, p. 104 ; Cass. civ. 1re, 15 janv. 1991, R.G.A.T. 1991, p. 405

(٣) فقد يكون المسئول سائق السيارة التى صدمت المضرور ، أو الطبيب المعالج الذى قرر نقل الدم أو المستشفى .

(٤) محمد عبد الظاهر : المرجع السابق ، ص ١٨٣ وما بعدها .

[٢] يجب أن تكون للمضرور مصلحة قانونية فى رفع الدعوى (قانونية المصلحة)

والمصلحة القانونية هى المصلحة التى يقرها القانون ويحميها، وتكون مصلحة المضرور كذلك متى لم يكن قد استوفى بعد التعويض المستحق له من المؤمن له المسئول.

وفى هذا الصدد ينبغى أن نميز بين فرضين، الأول هو حصول المضرور على التعويض المستحق له بالكامل من أى من المؤمن أو المؤمن له المسئول، حيث يمتنع عليه - فى هذه الحالة - الرجوع على الآخر، والثانى هو حصوله على التعويض بصورة جزئية من أحدهما - أى بمقدار أقل من مبلغ التعويض المستحق له - إذ يستطيع الرجوع على الآخر- فى هذه الحالة - بما تبقى له من التعويض المستحق له، فإن كان المؤمن هو الذى أوفاه جزئيا كان له الرجوع عندئذ على المؤمن له، وإن كان هذا الأخير هو الموفى، كان للمضرور أن يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة فى حدود مبلغ التأمين، وإلا فإن كان ما حصل عليه من المؤمن له يعدل أو يجاوز مبلغ التأمين فلا رجوع له على المؤمن.[١]

وتظل للمضرور مصلحة قانونية فى رفع الدعوى فى الحدود التى يظل فيها حقه فى التعويض قائماً، فتنحصر فى تلك الحدود فقط، وتزول - كأثر - بانقضاء هذا الحق.

وعلى ذلك، فإنه إذا انقضى حق المضرور فى التعويض بالمقاصة - كما فى حالة الحوادث المشتركة فى التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات - امتنع عليه اللجوء إلى الدعوى المباشرة، حيث لم تعد له مصلحة فى رفعها إلا فى حدود ما تبقى له من حق فى التعويض فى حدود مبلغ التأمين.[٢]

---

(1) Picard et Besson : op. cit., no. 385 .

السنهورى : المرجع السابق، رقم ٨٥٧، ص ٢١١٥، سعد واصف : المرجع السابق، ص ٤٧٥، إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق، ص ٢٦٠

(2) Picard et Besson : op.cit., no. 385 .

وكذلك الحال إذا انقضى الحق فى التعويض بسقوط دعوى المسئولية بالتقادم فى مواجهة المؤمن له المسئول ، حيث لا تكون له مصلحة قانونية فى رفع الدعوى . [(١)]

١٦٨ - الشرط الثانى : اختصام المؤمن له المسئول

[١] المبدأ ضرورة اختصام المؤمن له

استقر القضاء الفرنسى على ضرورة اختصام المؤمن له فى الدعوى المباشرة ، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية فى أكثر من حكم [(٢)] على أن هذه الدعوى لاتكون مقبولة إلا إذا اختصم فيها المؤمن له ولم يكن هذا التأكيد من جانبها إلا إعمالا لمبدأ المواجهة بين الخصوم le principe du contradictoire ، وهو ما عبرت عنه بقولها " إن ممارسة الدعوى المباشرة فى مواجهة المؤمن تستلزم اختصام المؤمن له ليكون الحكم الصادر بإلزام المؤمن بالتعويض وتحديد مقداره صادرا فى مواجهته Contradictoirement . [(٣)]

[٢] الإستثناءات على المبدأ حالات عدم ضرورة اختصام المؤمن له

هناك حالات لا يلتزم فيها المضرور باختصام المؤمن له ، إما لأن هذا الإختصام يكون عديم الجدوى ، أو لتعذر هذا الإختصام ، أو فى حالة اتخاذ إجراءات جماعية ضد المؤمن له .

(١) عدم وجود جدوى من اختصام المؤمن له : ويكون الأمر كذلك عند ثبوت مسئولية المؤمن له ، وتحديد مقدار التعويض الواجب سواء كان ذلك بحكم قضائى [(٤)] ، أو بإقرار المؤمن بمسئولية المؤمن له [(٥)] ، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ذلك فى حكم حديث لها فى ٤ مارس ١٩٩٩٧ بقولها [(٦)] " لاتكون دعوى المضرور المباشرة فى مواجهة

---

(١) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٢٦١ .

(2) Cass. 1re civ., 28 oct. 1991, R.G.A.T. 1991, p. 912, note R. Bout ; Cass.civ. 13 déc. 1938 , R.G.A.T. 1939, p. 83 .

(3) Cass. 1re civ., 11 oct 1994, R.G.A.T. 1994, p. 1212, note J. Beauchard .

(4) Cass. 1re civ., 11 juill. 1977, R.G.A.T. 1978, p. 237 .

(5) Cass. 2e civ., 4 déc. 1964, R.G.A.T. 1965, p. 345, note A. Besson .

(6) Cass. 1re civ., 4 mars 1997, R.G.D.A. , p. 545, note J. Kullmann

المؤمن مقبولة بدون اختصام المؤمن له ما لم يكن المؤمن قد أقر بمسئولية المؤمن له أو أن يكون الحق فى التعويض ومقداره قد تحدد قضائيا بصورة نهائية بالنسبة للمؤمن له "[١]، وكذلك الحال إذا لم تكن هناك منازعة من جانب المؤمن له فى حق المضرور فى التعويض.[٢]

(٢) تعذر اختصام المؤمن له يكون اختصام المؤمن له متعذرا فى أحد الفروض الثلاثة الآتية :

أ – حالة وقوع الضرر من عضو غير محدد ضمن فريق جماعى : وقد طبق القضاء الفرنسى هذه الفكرة أساسا بخصوص حوادث الصيد التى تقع من فريق جماعى للصيد، حيث يمكن أن ينطلق العيار النارى الضار من أحدهم ، ويتعذر تحديده من بين أعضاء الفريق [٣]، كما طبقها بخصوص الفرق الرياضية الجماعية [٤]، يستوى فى ذلك أن يكون أعضاء الفريق الجماعى مؤمن لهم جميعا لدى مؤمن واحد ، أو لدى عديد من المؤمنين .

ونظرا لتعذر تحديد المؤمن له المسئول – فى هذا الفرض – فلا يكون للمضرور سوى الرجوع مباشرة على المؤمن ، دون اختصام المؤمن له.[٥]

ولا شك أن هذا الفرض – كما ذهب جانب من الفقه[٦] ، بحق – يمكن أن ينطبق فى نطاق المسئولية الطبية ، لا سيما فى حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبى ، حين يتسبب عدة أطباء من خلال فريق طبى – قبل أو أثناء عملية جراحية – مثل الجراح

---

(1) " L'action directe de la victime contre l'assureur n'est recevable sans mise en cause de l'assuré que lorsque l'assureur reconnaît la responsabilité de celui-ci ou lorsque l'existence de la créance de reparation et son montant ont déja été fixés judiciairement de manière définitive à l'égard de l'assuré " .

(2) G. Courtieu : " La mise en cause de l'assuré pour l'exercice de l'action directe " R.C.A. 1995, chr., no. 14 ; Cass. 1re civ., 11 oct. 1994, R.G.A.T. 1994, préc.

(3) Cass. 1re civ., 22 juill. 1986, R.G.A.T. 1986, p. 593, note R. Bout .

(4) C. A. Paris, 11 mars 1986, R.G.A.T. 1986, p. 429, note J. Bigot .

(5) Lamy assurancees , 1998, no. 1322, p. 519 .

(6) Francine Soubiran : " Quelques réflexion susucitées par l'exercise de la medecine au sein d'un groupe ou d'une équipe " J.C.P. 1976, I, doc. 2830, no. 1 .

وطبيب التخدير، فى وفاة مريض، فقد يستحيل كشف نصيب كل واحد منهم فى الخطأ الذى أفضى إلى تلك الوفاة. [١]

وترتيبا على هذا النظر، فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية، لا يكون للمضرور - المريض أو من يحل محله - الذى يرفع دعواه المباشرة فى مواجهة المؤمن، أن يختصم أحد أعضاء الفريق الطبى أو الجراحى المؤمن لهم، سواء كانت عقود التأمين من مسئوليتهم لدى مؤمن واحد أو لدى أكثر من مؤمن، متى تعذر نسبة الخطأ إلى أحدهم.

ب - عدم وجود خلف عام للمؤمن له: فإذا لم يكن للمؤمن له المسئول - حال وفاته - من يخلفه فى تركته، فإن دعوى المضرور المباشرة فى مواجهة المؤمن تكون مقبولة دون حاجة إلى اختصام المؤمن له [٢]، وتعرف هذه الحالة بشغور التركة vacance de la succession.

جـ - عدم الإختصاص القضائى: ويحدث ذلك عندما يكون القضاء الإدارى هو المختص بنظر دعوى المسئولية، (وهو ما يحدث فى حالات ليست قليلة فى مجال المسئولية الطبية، وذلك حين يكون الطبيب المسئول موظفا عاما يباشر نشاطه الطبى فى مستشفى عام)، ففى مثل هذا الفرض، إذا رفعت الدعوى المباشرة أمام القضاء المدنى، تعين على هذا الأخير أن يوقف الفصل فيها حتى يبت فى دعوى المسئولية من القضاء الإدارى. [٣]

(٣) حالة اتخاذ إجراءات جماعية:

ضد المؤمن له حال إفلاسه ويتعلق الأمر هنا بالحالة التى يشهر فيها إفلاس المؤمن له المسئول، حيث يمتنع على المضرور أن يتخذ فى مواجهته إجراء فرديا، وإنما يجب عليه

---

(١) محسن البيه: " نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب " سابق الإشارة، ص ٩٧.

(2) Cass. 1re civ., 12 oct. 1982, R.G.A.T. 1983, p. 363.

(3) Cass. 1re civ., 30 oct. 1984, R.G.A.T. 1985, p. 282, note G. Viney.

أن يتقدم بدينه إلى السنديك ليقوم بتحقيقه وقبوله وفقا لما يقضى به نظام الإفلاس la faillite .

وقد تباينت أحكام القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص ، فبينما ذهب بعضها [١] إلى عدم قبول الدعوى المباشرة مالم يختصم فيها المؤمن له ولو كان مفلسا ، ذهب البعض الآخر [٢] إلى أنه لا يلزم لقبول الدعوى المباشرة اختصام المؤمن له المسئول الذى تم شهر إفلاسه .

وقد ظل هذا التباين قائما حتى تدخلت الدائرة المجتمعة la chambre mixte لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية ١٩٧٩ ، حيث انتهت إلى إعفاء المضرور من اختصام المؤمن له المفلس ، كما أعفته من إجراء تحقيق دين التعويض والدخول فى إجراء جماعى procédure collective مع بقية الدائنين .

ويمكن القول إن هذا الحكم قد راعى جانب المضرور من جهة ، حين أعفاه من اختصام المؤمن له المفلس ، على الرغم من اشتراط ذلك لقبول الدعوى المباشرة مقدرا أنه ليس بوسع المضرور استيفاء هذا الشرط حيث يمتنع عليه - عند إفلاس المؤمن له - أن يتخذ فى مواجهته إجراء إلا عن طريق السنديك - الذى يتولى تحقيق الديون vérification des créances مثله فى ذلك مثل غيره من الدائنين ، كما أنه - من جهة أخرى - أبدى فهما دقيقا لطبيعة حق المضرور فى مواجهة المؤمن ، وذلك حين أعفاه من إجراء تحقيق الديون ، على أساس أن هذا الإجراء لايلتزم به إلا من يطالب بأداء مبلغ من النقود ، فأعفاه من ذلك الإجراء على أساس أن مطالبته للمؤمن مباشرة ليست من هذا القبيل ، وإنما هو يطالب بحق مباشر له فى مواجهة المؤمن خوله القانون الحق فى الإستئثار به، دون أن يمر بذمة المؤمن له .[٣]

---

(1) Cass. 1re civ. 6 déc. 1978, J.C.P. 1979, II, 19099 ; D. 1979, p. 110 .
(2) Cass. 3e civ. 10 janv. 1979, J.C.P. 1979, II, 19099 ; Gaz. Pal. 1979, I, p. 92
(3) Cass. ch. mixte, 15 juin 1979, R.G.A.T. 1979, p. 364 , note A. Besson ; Lambert-Faivre " Fondement et portée de la mise en cause d'un assuré en faillité dans l'action directe exercée par la victime contre l'assureur du responsable " D. 1979, chr. p. 243 ; F. Chapuisat " Les consequences de la mise en reglement judiciaire ou en liquidation des biens sur le fondement de l'assurance " J.C.P. 1980 , II, 13295 .

وبنظرة فى حقيقة هذا الإستثناء ، نرى أنه لامحل لإعماله فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، حيث لايعد الطبيب تاجرا ، وبالتالى لا يخضع لنظام الإفلاس ، وإنما لنظام الإعسار déconfiture الذى نظمه المشرع المصرى فى المواد من ٢٤٩ إلى ٢٦٤ من التقنين المدنى المصرى .

ووفقا لما تقضى به المادة ٢٥٦ /١ من هذا التقنين ، فإن شهر الإعسار لايحول دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية على أموال المدين ، وترتيبا على ذلك ، فإن المضرور الذى يرفع دعواه المباشرة فى مواجهة مؤمن الطبيب المعسر يجوز له اختصام هذا الأخير فى هذه الدعوى ، دون أن تمثل حالة الإعسار حائلا بينه وبين اختصام الطبيب المعسر أو اتخاذ أية إجراءات فردية ضده .

١٦٩- الشرط الثالث : الإثبات

يجب على المضرور - اولا - أن يثبت وجود عقد التأمين ، والأصل أن هذا الأخير لايثبت إلا بدليل كتابى ، ولكن لما كان المضرور أجنبيا عن العقد فإنه يستطيع إثبات وجود العقد بكافة طرق الإثبات وفقا للقواعد العامة .(١)

كما يجب عليه - ثانيا - أن يثبت تحقق الخطر المؤمن منه ، وهو مسئولية المؤمن له ويلاحظ أن سبق صدور حكم بمسئولية المؤمن له يعد دليلا على تحقق الخطر المؤمن منه فى العلاقة بين المؤمن والمضرور ، ومن ثم يمكن الإحتجاج به فى مواجهة المؤمن ، مالم يكن هناك غش من جانب المؤمن له أو صدور الحكم بعيدا عن كل علم للمؤمن بقيام الدعوى . (٢)

ويقتصر الإحتجاج بالحكم الصادر فى دعوى المسئولية على ماانتهى إليه من تقرير مسئولية المؤمن له والتزامه بالتعويض ، دون أن يتعدى ذلك إلى شروط تطبيق عقد التأمين ، فيستطيع المؤمن دائما أن يدفع بخروج الخطر المتحقق من نطاق الضمان ، أو أن

---

(١) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٢٧٥ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٧٦ .

المسئولية الثابتة فى جانب المؤمن له لا يشملها عقد التأمين .[١]

فمؤمن المسئولية الطبية يستطيع أن يدفع الحكم الصادر بمسئولية الطبيب المؤمن له – مثلاً – بعدم دخول النشاط المنسوب إلى هذا الأخير القيام به من نطاق التخصص المأذون له قانوناً بممارسته والمنصوص عليه فى عقد التأمين ، أو أن عقد التأمين لا يغطى سوى المسئولية العقدية للطبيب المؤمن له ، فى حين أن المسئولية التى أثبت الحكم قيامها مسئولية تقصيرية .

على أنه إذا كان الحكم صادرا من محكمة جنائية ، فإنه يحوز حجية مطلقة فى مواجهة المؤمن فيما يذهب إليه من تحديد وصف معين للخطأ ، كأن ينتهى إلى أن الخطأ الثابت فى جانب المؤمن له خطأ غير عمدى ، فيمتنع على المؤمن – حالئذ – أن يدفع بأن الخطأ المرتكب من المؤمن له خطأ عمدى .[٢]

١٧٠– ثانياً : المحكمة المختصة بنظر الدعوى المباشرة

[١] الإختصاص النوعى

أ –القضاء المدنى : الدعوى المباشرة لا تعدو أن تكون دعوى تعويض مدنى يختص بنظرها ، وفقا للقواعد العامة ، القضاء العادى ، ويكون الإختصاص بها للمحاكم الجزئية أو الإبتدائية على حسب التقدير القيمى لها .[٣]

ب – القضاء الإدارى : أكدت محكمة التنازع – فى فرنسا – على عدم اختصاص المحاكم الإدارية بنظر دعوى المضرور المباشرة فى مواجهة المؤمن وذلك على أساس " أن هذه الدعوى تتميز عن دعوى المسئولية التى يرفعها المضرور ضد مرتكب الضرر ، وأنه على الرغم من أن الدعويين ترميان إلى تعويض الضرر الذى لحق بالمضرور ، إلا أن الدعوى المباشرة لا

(١) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(2) Picard et Besson : op. cit., no. 251 .

(٣) أبو زيد عبد الباقى : رسالته للدكتوراة ، سالفة الإشارة ، ص ٤٢٨ وما بعدها ن سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤٤٦ .

تهدف إلا إلى تنفيذ إلتزام المؤمن ، وهو إلتزام يستند إلى القانون الخاص .[1]

وعلى ذلك ، فإذا رفعت دعوى المسئولية أمام القضاء الإدارى ، ورفعت الدعوى المباشرة أمام القضاء العادى ، تعين على هذا الأخير وقف الفصل فى الدعوى حتى يفصل من القضاء الإدارى فى دعوى المسئولية [2] ، وهو الفرض المتصور حدوثه فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، إذا كان الطبيب المؤمن له يزاول نشاطه فى مستشفى عام .

على أنه يلاحظ ، أن التزام القضاء العادى بوقف الفصل فى الدعوى المباشرة لحين صدور حكم فى دعوى المسئولية من القضاء الإدارى ، لا يكون له محل فى حالة ما إذا كان مؤمن المسئولية قد أقر بمسئولية المؤمن له .[3]

جـ - القضاء الجنائى : لا يختص القضاء الجنائى ، فى فرنسا ، بنظر الدعوى المباشرة التى يرفعها المضرور ضد المؤمن ، وذلك على الرغم من أن المشرع ، بمقتضى القانون رقم ٦٠٨ / ٨٣ لسنة ١٩٨٣ ، قد أعطى لهذا الأخير الحق فى التدخل أمام القضاء الجنائى سواء كان هذا التدخل باختياره ، أو رغما عنه ، وذلك فى الحالات التى يشكل فيها الخطأ المنسوب إلى المؤمن له إحدى جرائم القتل أو الإصابة الخطأ .[4]

أما فى مصر ، فإنه يجوز للمضرور إقامة دعواه المباشرة أمام القضاء الجنائى ، إذا كانت الدعوى الجنائية منظورة أمامه [5] ، ولا شك فى أن ذلك يؤدى إلى سرعة الفصل

---

(1) T. confl., 3 mars 1969, R.G.A.T. 1969 , p. 351 ; T. confl., 22 juin 1992, p.343, note F. Vincent .

(2) Cass. 1re civ., 16 oct. 1984 , R.G.A.T. 1985, p. 281, note G. Viney : Cass. 1re civ., 30 oct. 1984, R.G.A.T. 1985, p. 282, note G. Viney

(3) Cass. 1re civ. 7 mars 1995, R.G.A.T. 1995, p. 420, note F. Vincent .

(4) J.O. 9 juill. 1983 .

وجدير بالإشارة أن جواز تدخل المؤمن أمام القضاء الجنائى لايقتصر على مؤمن المسئول وحده ، وإنما يجوز كذلك لمؤمن المضرور — إذا كان هذا الأخير قد أبرم تأمينا من الأضرار — أن يتدخل أمام القضاء الجنائى ، وهو مانصت عليه المادة ٣٨٨ / ٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى ، والتى أشارت إلى مؤمن المتهم أو المسئول ، وكذلك إلى مؤمن المضرور . ويتدخل هذا الأخير بهدف استرداد ماأداه من تعويض إلى المضرور. Cass. crim., 26 mai 1988, R.G.A.T. 1989, p. 334, note H. Groutel et J. Landel .

(٥) نصت على هذا الحكم المادة ٢٥٨ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية بقولها " يجوز رفع الدعوى المدنية قبل المؤمن لديه لتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أمام المحكمة التى تنظر الدعوى الجنائية .

في تعويض المضرور. [1]

[٢] الإختصاص المحلى

بعد استقرار محكمة النقض الفرنسية [2]، على تطبيق المادة الثالثة من تقنين ١٣ يوليو ١٩٣٠ ، والتى حلت محلها المادة ١١٤ / ١ ، بجعل الإختصاص المحلى لمحكمة موطن المؤمن له، أو محل الفعل الضار، عدلت عن هذا المسلك فى حكم هام لها ، حيث قررت أن المادة ١١٤ / ١ لا تسرى إلا فى حدود العلاقة بين المؤمن والمؤمن له ، دون أن تمتد إلى الدعوى المباشرة التى يرفعها المضرور فى مواجهة المؤمن [3] وعلى ذلك ، يكون الإختصاص المحلى بنظر الدعوى المباشرة لمحكمة موطن المدعى عليه وفقا للقواعد العامة ، وقد سار القضاء الفرنسى على ذات المبدأ فيما بعد. [4]

وفى مصر، تنص المادة ٥٨ من قانون المرافعات على أنه " فى المنازعات المتعلقة بطلب قيمة التأمين يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المستفيد أو مكان المال المؤمن عليه " .

ولما كان المستفيد من عقد التأمين من المسئولية هو المؤمن له، وليس المضرور ، فإن محكمة موطن المؤمن له هى التى تكون مختصة محليا بنظر الدعوى المرفوعة منه فى مواجهة المؤمن. أما الدعوى المباشرة التى يرفعها المضرور فى مواجهة المؤمن ، فلا تنطبق عليها هذه المادة إلا إذا كان المؤمن له - المستفيد من العقد - قد اختصم فيها، حيث تختص محكمة موطن أحد المدعى عليهم، وفقا لنص المادة ٤٩ / ٣ مرافعات والتى تقضى بأنه " إذا تعدد المدعى عليهم كان الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم ". [5]

---

(١) أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، ص ٤٢٨ .

(2) Cass. civ., 8 mai 1935, R.G.A.T. 1935, p. 800 ; Cass. civ. 28fév. 1939, R.G.A.T., p. 510 .

(3) Cass. 1re civ., 14 déc. 1983, R.G.A.T. 1984, p. 405 .

(4) C.A. Paris, 5 nov. 1985 , R.G.A.T. 1986, P. 544, note J. Bigot.

(٥) أحمد أبو الوفا : " فى التعليق على نصوص قانون المرافعات " ط ٦ ، ١٩٩٠ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص ٣٦٣ وما بعدها ، محى الدين المرسى : المرجع السابق ، ص ١٦٦ .

أما إذالم يختصم المضرور المؤمن له فى الدعوى المباشرة ، طبقت القواعد العامة ، فتختص بالدعوى المباشرة محليا محكمة موطن المدعى عليه ، أو المحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامته فى حالة عدم وجود موطن للمدعى عليه ، أو محكمة أحد المدعى عليه فى حالة تعددهم .[١]

١٧١- ثالثا : تقادم الدعوى المباشرة :

لاتخضع الدعوى المباشرة للتقادم المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين (وهو ثلاث سنوات فى التقنين المدنى المصرى وفقا للمادة ٧٥٢ ، وسنتان فى تقنين التأمين الفرنسى وفقا للمادة ١١٤ / ١) ، لاختلاف مصدر كل منهما عن الآخر، فدعوى المؤمن له ضد المؤمن مصدرها عقد التأمين ، أما الدعوى المباشرة الموجهة من المضرور ضد المؤمن فمصدرها القانون .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية منذ وقت مبكر [٢] ، إلى أن هذه الدعوى تخضع للقواعد العامة فى التقادم حيث قضت بأن " الدعوى المباشرة وإن كانت تتوقف على وجود عقد التأمين بين المسئول والمؤمن ، وتتم مباشرتها فى حدود هذا العقد ، إلا أنها تجد أساسها فى حق المضرور فى تعويض ضرره ، وتتقادم - من ثم - بذات مدة تقادم دعوى المسئولية " ، وقد حرصت المحكمة على تأكيد هذا المبدأ فى أحكامها الحديثة .[٣]

وعلى ذلك فإن الدعوى المباشرة ، فى فرنسا ، تنقضى بمضى ثلاث سنوات إذا كانت دعوى المسئولية تنقضى بهذه المدة كما هو الحال بالنسبة للمسئولية التقصيرية ، وبمضى عشر سنوات بالنسبة للتقادم العشرى للمسئولية .[٤]

---

(١) سعد واصف : المرجع السابق ،ص ٤٥٠ وما بعدها ، محى الدين المرسى : المرجع والموضع السابقين .

(2) Cass. civ., 28 mars 1939, R.G.A.T. , p. 286 .

(3) Cass. 1re civ., 9 mai 1996, Lamy assurance, préc. : Cass. 1re civ., 13 fév. 1996 , R.G.A.T. 1996, p. 555 .

(4) Picard et Besson : op. cit. no. 395 .

وفى مصر تطبق مدة التقادم المقررة فى القواعد العامة ، وهى خمس عشرة سنة من وقت تحقق الخطر المؤمن منه ، يستثنى من ذلك ما هو مقرر بنص خاص [1] ، فيما يتعلق بالتأمين من المسئولية عن حوادث السيارات ، حيث تتقادم الدعوى المباشرة بثلاث سنوات تبدأ من وقت وقوع الحادث .[2]

فتقادم الدعوى المباشرة يرتبط - إذا - بتقادم دعوى المسئولية ، ويترتب على هذا الإرتباط أن يكون بقاء الدعوى الأولى مرهونا ببقاء حق المضرور قبل المؤمن له ، فإذا انقضى هذا الحق انقضت الدعوى المباشرة . [3]

وفى ضوء ذلك يمكن القول أن مدة تقادم الدعوى المباشرة فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية هى ذات مدة تقادم دعوى المسئولية الطبية ، فتكون ، وفقا للتقنين المدنى الفرنسى ، ثلاثون عاما إذا كانت مسئولية الطبيب المؤمن له عقدية ، وعشر سنوات إذا كانت هذه المسئولية تقصيرية ، وتكون مدة تقادم هذه الدعوى ، وفقا للتقنين المدنى المصرى ، خمس عشرة سنة متى كانت مسئولية الطبيب المؤمن له عقدية ، أما إذا كانت هذه المسئولية تقصيرية ، فتكون مدة التقادم ثلاث سنوات أو خمس عشر سنة بحسب الأحوال .

الفرع الثالث
آثار الدعوى المباشرة

١٧٢- استئثار المضرور بقيمة الضمان :

تنحصر آثار الدعوى المباشرة أساسا فى أن مبلغ التأمين يكون حقا خالصا للمضرور ، لا يزاحمه عليه أى من دائنى المؤمن له ، إذ أن حقه على هذا المبلغ حق مباشر

---

(١) هو نص المادة ٥ / ٢ من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥حيث نصت على أن " تخضع دعوى المضرور قبل المؤمن للتقادم المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى " ، وهذه المادة الأخيرة تقضى بأن مدة التقادم ثلاث سنوات تسرى من وقت وقوع الحادث .

(٢) السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٦٠ ، ص ٢١٢٤ وما بعدها ، سعد واصف : المرجع السابق ، المرجع السابق ، ص ٤٣٦ وما بعدها .

(٣) أبو زيد عبد الباقى : رسالته السابقة ، ص ٤٤٢ .

وإذا كان المضرور يحل محل المؤمن له فى حقوقه قبل المؤمن ، وبالتالى يكون لهذا الأخير أن يتمسك فى مواجهته بكافة الدفوع التى له فى مواجهة المؤمن له ، إلا أن الحق المباشر للمضرور على مبلغ التأمين يقيد من حرية المؤمن فى التمسك بتلك الدفوع ، حيث أنه يحصن المضرور فى مواجهتها .

وإذا كان المضرور يتحصن ضد دفوع المؤمن ، إلا أن ذلك ليس بصورة مطلقة بالنسبة لكافة الدفوع ، إذ ينبغى أن نميز - فى هذا الخصوص - بين الدفوع السابقة على تحقق الضرر والدفوع اللاحقة على تحققه.

ويجدر بنا - قبل أن نعرض لحكم كل من نوعى الدفوع - أن نميز بينهما ، فالدفع يكون سابقا على وقوع الضرر إذا كان يجد مصدره أو منشأه فى واقعة سابقة مثال ذلك شرط عدم التأمين ، أو السقوط أو التخفيض الناتج عن عدم الإعلان عن تفاقم الخطر.(١)

وعلى العكس من ذلك ، فإن السقوط الذى يستحقه المؤمن له لعدم القيام بالتزام لاحق على وقوع الضرر ، يكون دفعا لاحقا مثال ذلك السقوط الناتج عن عدم قيام المؤمن له بإخطار المؤمن خلال الميعاد القانونى .(٢)

وعلى ذلك ، فإن الدفع باستبعاد بعض مخاطر النشاط الطبى للطبيب المؤمن له ، كعمليات زرع الأنسجة ، أو بعض الجراحات الدقيقة ، يعد دفعا سابقا لأن مصدره سابق على تحقق الضرر ، وبالمقابل ، فإن الدفع بالسقوط لعدم إخطار الطبيب المؤمن له بوقوع الكارثة يعد دفعا لاحقا .

---

(١) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٢٨٥ .

(2) Cass. 1re civ., 2 avr. 1974, R.G.A.T. 1975, p. 76 ; Cass. 1re civ., 2 juill. 1991, R.G.A.T. 1991, p. 846, note H. Margeat et J. Landel .

إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ذات الموضع .

١ - الدفوع السابقة على تحقق الضرر

والأصل بالنسبة لهذه الدفوع هو جواز الإحتجاج بها فى مواجهة المضرور، لأن المؤمن يملك توجيهها ابتداء إلى المؤمن له [١]، وذلك ما لم يكن هناك استثناء تشريعى بذلك . [٢]

ويمكن رد هذه الدفوع إلى طائفتين من الأسباب ، تتعلق الأولى بصحة العقد ونطاقه ، وتتعلق الثانية بحالات إخلال المؤمن له بالتزاماته الناشئة عن العقد بعد إبرامه وقبل تحقق الضرر . [٣]

ومن أمثلة الطائفة الأولى ، الدفع بعدم التأمين ، أو باستبعاد الخطر من نطاق الضمان [٤]، أو الدفع ببطلان العقد بسبب الكذب أو الكتمان فى الإعلان عن الخطر المؤمن منه [٥] أو الدفع بفسخ العقد لأى سبب ، أو انقضائه قبل تحقق الضرر [٦]، أو الدفع بعدم استيفاء الأقساط المستحقة يوم تحقق الضرر [٧]، أو الدفع بأن الخطأ المرتكب من جانب المؤمن له كان خطأ عمديا [٨] أو الدفع بوجود شرط عدم التغطية الإجبارى أو الإعفاء من تغطية الكوارث البسيطة [٩] ، أو الدفع بتحديد قيمة الضمان . [١٠]

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٨٦.

(٢) مثال هذا الإستثناء التشريعى ما قرره المشرع المصرى بخصوص التأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات من أنه يكون للمؤمن حق الرجوع على المؤمن له بما دفعه من تعويض إذا ثبت أن المؤمن له أدلى ببيانات كاذبة أو أخفى وقائع جوهرية عن الخطر تؤثر على سعر التأمين واستخدام السيارة فى أغراض لاتخولها الوثيقة (م ١٧ من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ ــ انظر : سعد واصف ، التأمين الإجبارى لحوادث السيارات ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ وما بعدها) .

(3) N. Jacob : op. cit. no. 286, p. 277 .

(4) Cass. 1re civ., 27 nov. 1984, Bull. civ. , I, no. 318 ; Cass. 1re civ. 11 juin 1981, R.G.A.T. 1982, p. 67 ; Cass. 1re civ. 1re oct. 1980, R.G.A.T. 1981, p.201 ; Cass. civ. 26 avr. 1972, R.G.A.T. 1973, p. 51 .

(5) Cass. 1re civ. , 23 juin 1971, D. 1971, som., p. 186 .

(6) Cass civ. 20 avr. 1939, R.G.A.T. 1939, p. 516 .

(7) Cass.1re civ., 25 fév. 1992, R.C.A. 1992, comm., no. 205 ; Cass. civ. 29 juin 1931, R.G.A.T. 1931, p. 1014 . Cass. 1re civ. 30 avr. 1985, R.G.A.T. 1985, p. 406 . Cass. civ. 4 oct. 1960, R.G.A.T. 1961, p. 321 .

(8) Cass. civ. 28 fév. 1939, D.H. 1939, p. 274 ; Gaz. Pal. 1939, p. 803 .

(9) Cass. civ. 7 oct. 1975, R.G.A.T. 1976, p. 379 .

(10) Cass. 1re civ., 22 mai 1991, , R.G.A.T. 1991, p. 603, note J. Bigot ; Cass. civ. 27 oct. 1936, D.H. 1937, p. 35 .

ومن أمثلة الطائفة الثانية ، الدفع بالتخفيض النسبى [١] ، ويحتج به ولو تعلق الأمر بالتأمين الإجبارى من المسئولية ، وذلك ما لم يكن هناك حكم خاص نص عليه القانون[٢] ، وكذلك الدفع بقاعدة النسبية .[٣]

ومن الأمثلة القضائية للدفوع السابقة على تحقق الضرر فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية [٤] بقبول الدفع الذى أبداه المؤمن فى مواجهة المضرور بعدم دخول نشاط الطبيب المؤمن له المنسوب إليه فى نطاق الضمان ، على أساس أن هذا النشاط ليس هو النشاط المحدد فى وثيقة التأمين والمأذون للمؤمن له قانونا بممارسته ،وأن هذا الأخير خالف شروط العقد ، ولم يلتزم بمراعاة تخصصه الطبى الذى أبرم عقد التأمين ضمانا لمسئوليته عن نتائجه .

٢- الدفوع اللاحقة على تحقق الضرر وهذه الدفوع لا يحتج بها فى مواجهة المضرور [٥] ، حتى ولو كان للمؤمن أن يتمسك بها فى مواجهة المؤمن له ذاته إذا رجع عليه بالضمان[٦] ، لأن المضرور ينتقل إليه حق المؤمن له فى الضمان لحظة وقوع الخطر المؤمن منه ، لذلك فإن كافة الدفوع اللاحقة على انتقال هذا الحق لايحتج بها على المضرور ، وإلا لأمكن للمؤمن له أن يعطل آثار الدعوى المباشرة بإرادته . [٧]

---

(1) Cass. 1re civ., 15 fév. 1977, R.G.A.T. 1977, p.365 , J.C.P. éd. G 1977, I, note Besson, Ass. Fr. 1977, p. 423, note H. Margeat et A. Favre-Rochex ; Lyon 17 mai 1956, R.G.A.T. 1956, p. 194 .
(2) Cass. 1re civ. 6 déc. 1994, R.G.A.T. 1994, p. 105, note J. Bigot ; H. Groutel : " Droit commun de l'asurance et régimes spécifiques d'assurance obligatoire " R.C.A. 1995, chr. no. 6 ; Rapp. C. Cass. pour 1994 : " La doucementation francaise " 1995, p. 370 .
(3) Cass. 1re civ. , 28 juin 1989, R.G.A.T. 1989, p. 873, note R. Bout ; Cass. civ. 29 juin 1936, R.G.A.T. 1936, p. 1022 .
(4) Cass. 1re civ., 6 déc. 1994, Bull. civ. 1994, no. 363 .
(5) Jacob : op. cit., no. 286, p. 277 .

(٦)إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٢٨٨

(7) Cass. civ. 2 avr. 1974, R.G.A.T. 1975, p. 76 .

ومن أمثلة هذه الدفوع اللاحقة وقف أو خفض الضمان أو فسخ العقد بناء على اتفاق لاحق على تحقق الضرر[١] ، فمثل هذه الدفوع لا يجوز للمؤمن أن يحتج بها فى مواجهة المضرور ، وإنما يجب عليه أن يؤدى إليه التعويض ، ثم يرجع بما دفع على المؤمن له ، وهو يأخذ فى هذه الحالة وضع الكفيل .[٢]

١٧٣- التزاحم بين العديد من المضرورين على مبلغ التأمين

يثور التساؤل ، فى حالة تزاحم أكثر من مضرور concours de plusieurs victimes على مبلغ التأمين وحصول بعضهم عليه ، عن حق المؤمن فى الإحتجاج بنفاذ هذا المبلغ فى مواجهة من لم يستوف حقه بعد من هؤلاء .

والفرض هنا أن الحادث الواحد قد يترتب عليه ضرر بأكثر من شخص ، وهو ما يمكن أن يحدث كثيرا فى المجال الطبى ، فالأضرار التى يمكن أن تقع عن طريق نقل دم ملوث قد لا يقل ضحاياها عن عشرات الأشخاص ، ولا يختلف الحال كثيرا فى مجال إجراء التجارب الطبية ، حيث يمكن أن يخضع أشخاص عديدون لتجربة واحدة ، ومثل هذه الأمثلة تثير مسألة تزاحم المضرورين على مبلغ التأمين فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية

وفى هذا الفرض يختلف الحل بحسب ما إذا قام هؤلاء المضرورون برفع دعاواهم المباشرة فى وقت واحد ، أو قام البعض بالمطالبة وتراخى البعض الآخر.

فإذا تزامنت الدعاوى المباشرة من المضرورين المتعددين ، فلا تثور مشكلة ، إذ القاعدة هنا أن لهم حقوقا متساوية على مبلغ التأمين ، وفى حالة عدم كفايته للوفاء بتلك الحقوق جميعا ، فإنه يقسم بينهم قسمة الغرماء ، كل بحسب نسبة دينه إلى مبلغ التأمين .[٣]

---

(1) Cass. civ. 12 mars 1963, R.G.A.T. 1963, p. 487 .

(٢)السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٦٢ ، ص ٢١٣٩ .

(3)Picard et Besson : op. cit., no. 403 ; Jacob : op. cit., no. 287, p. 278 .

انظر كذلك : إبراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ، ص ٢٩١.

أما إذا بادر البعض بالمطالبة وتراخى البعض الآخر، فإن ذمة المؤمن تبرأ تجاه من لم يستوف حقه من المضرورين، ويكون له أن يدفع فى مواجهتم بنفاذ الضمان épuisement de la garantie[١].

وإذا كان هذا الحل، الذى يؤيده الفقه[٢]، يتفق مع حصول المضرور النشط على حقه دون انتظار لتحرك المضرور المتراخى، إلا أنه مما ينبغى التنبه إليه، خاصة فى المجال الطبى، أن تأخر بعض المضرورين فى المطالبة بالتعويض قد لا يكون نتيجة تراخى أو إهمال من جانبهم، وإنما لأن ظهور النتائج الضارة التى قد تترتب على النشاط الطبى يختلف من شخص لآخر، لاسيما بالنسبة لبعض صور هذا النشاط، لاسيما فى مجال نقل الدم والتجارب الطبية، التى قد يظل الضرر الناشئ عنها كامنا لسنوات عديدة قبل أن يظهر ويعلم المضرور بوجوده، وهو ما يمكن أن يقع كذلك بخصوص آثار بعض الجراحات الدقيقة التى تتأخر فى الظهور لبضع سنين.

وفى مثل هذه الحالة، تبدو أهمية وضرورة إيجاد نظام تعويضى مكمل لنظام التأمين من المسئولية، حيث أنه لا يستقيم أن يحرم المضرور- المريض - من حقه فى التعويض فى حالة نفاذ الضمان، لأن حق المؤمن فى التمسك بهذا الدفع لا ينبغى - بحال - أن يصبح معه المضرور بلا أى ضمان يجبر ما أصابه من ضرر.

---

(1) Cass. 1re civ., 8 juin 1994, R.G.A.T. 1994, p. 874, note F. Vincent .
(2) Picard et Besson : op. cit., no. 405 .
فى الفقه المصرى : إبراهيم الدسوقى، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

المطلب الثالث
رجوع المؤمن على الغير المسئول

١٧٤- تمهيد :

إذا كان المؤمن يرتبط بالمؤمن له بناء على عقد التأمين من المسئولية ، ويرتبط بالمضرور عن طريق الدعوى المباشرة التى يوجهها هذا الأخير إليه ، فإنه يمكن أن يرتبط كذلك بالغير المسئول عن الحادث المؤمن منه .

وتقوم هذه العلاقة فى العديد من الفروض ، منها أن يكون مرتكب الحادث تابعا للمؤمن له ، أو أن يتحقق الخطر المؤمن منه نتيجة خطأ مشترك بين المؤمن وبين الغير ، فتكون المسئولية تضامنية أو تضاممية بحسب الأحوال بينهما .

ومثال ذلك ، فى نطاق التأمين من المسئولية فى المجال الطبى ، أن يتحقق الخطر المؤمن منه بواسطة أحد تابعى أو مساعدى الطبيب المؤمن له ، أو بواسطة طبيب آخر لاتقوم بينه وبين هذا الأخير علاقة تبعية ، كما هو الحال بالنسبة للطبيب البديل ، أو طبيب التخدير مع الجراح .

ففى مثل هذه الفروض إذا وفى المؤمن المضرور أو المؤمن له بالتعويض ، كان له بعد ذلك أن يرجع على هذا الغير بنصيبه فى التعويض .

وإذ نتناول رجوع المؤمن على الغير المسئول ، فسوف نعرض للأساس القانونى لهذا الرجوع ، وطبيعته القانونية ، وحالات عدم جواز هذا الرجوع .

١٧٥- الأساس القانونى لرجوع المؤمن على الغير المسئول :

أورد كل من المشرع المصرى والمشرع الفرنسى نصا يخول المؤمن الحق فى الرجوع على الغير المسئول ، فنص الأول فى المادة ٧٧١ من التقنين المدنى على أن " يحل المؤمن قانونا بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ... " .

وإذا كان المشرع المصرى قد قصر - فى هذا النص - رجوع المؤمن على حالة تأمين الحريق ، فهو بذلك يفرض علينا أن نتسائل عن الحكمة من وراء ذلك خاصة أنه لايوجد خلاف بين هذا النوع من التأمين وبين أنواع تأمين الأضرار الأخرى . (١)

ونتيجة لهذه الصياغة ، فقد اختلف الرأى حول نطاق تطبيق هذا النص ، فذهب البعض (٢) إلى أنه لايجوز للمؤمن الرجوع على الغير المسئول إلا فى خصوص التأمين ضد الحريق ، وفيما عدا ذلك من أنواع التأمين الأخرى من تأمين الأضرار ، لا يجوز للمؤمن ممارسة هذا الرجوع بغير شرط صريح فى وثيقة التأمين ، بينما ذهب البعض الآخر -وهو ما نؤيده - (٣) إلى أن هذا النص يشمل كذلك التأمين من المسئولية باعتباره نوعا من تأمين الأضرار ، فيكون للمؤمن الذى أدى التعويض إلى المضرور أو إلى المؤمن له أن يحل قانونا محل هذا الأخير فى حقوقه قبل الغير دون حاجة إلى نص صريح فى الوثيقة بذلك .

أما المشرع الفرنسى فقد نص فى المادة ١٢١ / ١٢ تشريعى من تقنين التأمين على أن " يكون للمؤمن متى دفع التعويض للمؤمن له حق الحلول محله فى حقوقه ودعاواه تجاه الغير مرتكب الفعل الضار ، وذلك فى حدود مادفعه للمؤمن له من تعويض " .

---

(١) أبو زيد عبد الباقى : " الصفة التعويضية ... " بحثه سابق الإشارة ، ص ١٦٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٧٠ وما بعدها .

(٣) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٢٩٩ .

وإذا كان مجال تطبيق النص الفرنسى هو التأمين على الأشياء ، إلا أنه ينطبق كذلك على التأمين من المسئولية ، فعلى الرغم من أن المؤمن له فى هذا النوع من التأمين يكون غالبا هو المسئول ، إلا أنه قد يحدث فى بعض الفروض ألا يكون كذلك ، أو لايكون هو المسئول وحده عن تحقق الخطر المؤمن منه ، فيكون للمؤمن حينئذ الحق فى الرجوع على الغير المسئول . (١)

وعلى ذلك ، فإن مؤمن المسئولية فى المجال الطبى ، يكون له الحق فى الحلول محل الطبيب المؤمن له فى الرجوع على الغير المسئول ، متى كان قد أوفى المضرور أو المؤمن له التعويض ، ويتحدد نطاق هذا الرجوع بمقدار ماأداه من تعويض .

ولكن إذا كان المؤمن يملك هذا الرجوع فى مواجهة الغير المسئول ، فإنه يثور التساؤل عن الأساس القانونى لهذا الرجوع .

ذهب البعض (٢) ، إلى أن المؤمن يمارس هذا الرجوع تأسيسا على قواعد المسئولية التقصيرية لتوافر أركان هذه الأخيرة حيث ترتب على خطأ الغير المسئول ضرر بالمؤمن تمثل فى أداءه مبلغ التعويض إلى المضرور أو إلى المؤمن له .

وقد انتقد هذا الرأى على أساس أنه إذا كان المؤمن قد أدى مبلغ التأمين إلى المضرور أو إلى المؤمن له ، فما ذلك إلا على أساس عقد التأمين المبرم بينهما ، ونتيجة تحقق الخطر المؤمن منه ، والذى اتفق عليه المتعاقدان وارتضياه ، دون أن يكون لخطأ الغير أدنى أثر على شروط التعاقد بينهما ، فهو وإن أثار إلتزام المؤمن بالضمان ، إلا أنه لم يكن هو أساس هذا الإلتزام (٣) ، فضلا عن أن وفاء المؤمن بمبلغ التعويض لايمثل

---

(1) Picard et Besson : op. cit., no. 333, p. 486 .
(2) Ibid., no. 328, p. 480 .
(3) Req., 18 avr. 1932, R.G.A.T., 1932, p. 525 ; Req., 9 mars 1936, R.G.A.T., 1936, p. 787

ضرراً بالنسبة له ، لأنه يؤديه نظير أقساط سبق له أن تلقاها من المؤمن له لتغطية مسئوليته وفقاً لشروط العقد المبرم بينهما .[١]

وذهب البعض الآخر[٢] ، إلى أن هذا الرجوع يتأسس على فكرة الحلول القانونى légale subrogation كما تنظمه المادة ١٢٥٠ / ٣ من التقنين المدنى الفرنسى - والتى يقابلها فى التقنين المدنى المصرى المادة ٣٢٦ / ١ - التى تنص على أنه " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الدائن ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه " .

وقد تعرض هذا الرأى بدوره للنقد لانتفاء شروط الحلول القانونى عن حالة حلول المؤمن محل المؤمن له[٣] ، فالحلول القانونى المنصوص عليه فى هذه الفقرة يتعلق بالحالة التى يكون فيها المدينان متضامنين أو أن يكون أحدهما مدينا والآخر كفيلاً له[٤] ، وهو مايقتضى فى أى من الصورتين أن يكون مصدر إلتزام المدينين واحداً ، ولاوجود لهذا الإتحاد فى حالة حلول المؤمن محل المؤمن له ، لأن مصدر إلتزام المؤمن هو عقد التأمين ، فى حين أن مصدر إلتزام المسئول هو الفعل الضار[٥] ، كما أن الحلول القانونى يفترض أن الموفى يؤدى دين غيره ، وهو مالاوجود له أيضا فى حالة حلول المؤمن الذى يؤدى دينه هو ، والمترتب فى ذمته بناءً على عقد التأمين .[٦]

---

(١) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٣٠١ ، حلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٨٢١ .

(2) Picard et Besson : op. cit., no. 329, p. 481 .

(3) Cass. 1re civ. 14 déc. 1943, R.G.A.T., 1944, p. 63 ; D. 1944, p. 81, note Besson .

(٤) سليمان مرقس : " الواق فى شرح القانون المدنى . أحكام الإلتزام " سابق الإشارة ، رقم ٣٦٦ ، ص ٧٦٠ .

(٥) أبو زيد عبد الباقى : المرجع السابق ، رقم ٨٠ ، ص ١٦٤ ، حلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٨٢٣ .

(6) Picard et Besson : op. cit., no. 329, p. 482 .

حيث يقرران فى هذا المعنى : -

" Il (l'assureur) n'est tenu, ni avec lui (l'assuré), ni pour lui . il acquitte sa propre dette, qui résulte directement du contrat d'assurance et qui est entièrement distincte de l'obligation du tiers responsable envers la victime. les conditions de l'article 1251-3 C. civ. ne sont donc pas réunies " .

N. Cheval : " Les recours de l'assureur dommages après la réparation des désordres de construction ", 1994, p. 23 et s. =

وإزاء تلك الإنتقادات ، لجأت شركات التأمين إلى أن تدرج فى وثيقة التأمين شرطا صريحا يخولها حق الحلول محل المؤمن له فى الرجوع على الغير المسئول ، وقد اختلف الرأى حول التكييف القانونى لهذا الشرط ، فذهب البعض إلى أنه حلول اتفاقى une subrogation conventionelle ، حيث يتفق الدائن (المؤمن له) مع الموفى (المؤمن) على أن يحل محله فى الوفاء بدينه [1] ، وقد أخذ على هذا الرأى أن شروط الحلول الإتفاقى لاتتوافر فى هذه الصورة ، حيث يشترط فى الحلول الإتفاقى ألا يكون الموفى مدينا أو ملزما بالدين مع المدين أو عنه ، فى حين أن المؤمن ملتزم بالدين بناء على عقد التأمين [٢] ، كما أنه لايجوز الإتفاق على الحلول إلا وقت الوفاء بالدين [٣] ، فى حين أن الإتفاق على الحلول بين المؤمن والمؤمن له يتم فى وثيقة التأمين قبل أن يحل حق المؤمن له فى مواجهة الغير ، حيث لايحل هذا الحق إلا عند تحقق الخطر المؤمن منه . [٤]

إزاء ذلك ، ذهب جانب كبير من الفقه [٥] ، إلى أن شرط الحلول الذى يدرجه المؤمن فى الوثيقة هو حوالة حق محتمل une cession de droits éventulles ، بمقتضاه يتنازل المؤمن له للمؤمن عن حقوقه قبل الغير المسئول شريطة أن يعلن هذا الأخير بتلك الحوالة حتى تكون نافذة فى مواجهته .

غير أنه يلاحظ أنه فى حالة عدم حصول المؤمن له على مبلغ التعويض بالكامل من المؤمن ، فإنه سيضطر إلى الرجوع على الغير المسئول لاستيفاء باقى حقه ، وفى هذه الحالة

- انظر كذلك ، احمد شرف الدين : " الأساس القانونى لرجوع المؤمن على الغير المسئول عن الحادث " مجلة الحقوق الكويتية ، س ٤ ، ع٢ ، أبريل ١٩٨٠ ، ص ٢٣١ .

(1) Picard et Besson : op. cit., no. 330, p. 483 .

(٢) أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص ٢٣١ ، كامران الصباغ : المرجع السابق ، ص ٣٠١ وما بعدها ، محى الدين المرسى : المرجع السابق ، ص ٢٣٤ .

(٣) سليمان مرقس : المرجع السابق ، رقم ٣٦٤ ، ص ٧٥٦ .

(٤) أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص ٢٣١ .

(5) Picard et Besson : op. cit., no. 330, p. 483 .

السنهورى : المرجع السابق ، رقم ٨٢٨ ، ص ٢٠٤٥ ، أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص ٣٣٢ ، سعد واصف : المرجع السابق ، ص ٤٩٢ ، محى الدين المرسى : المرجع السابق ، ص ٢٣٥ .

قد يتعرض لمزاحمة المؤمن فى حالة إعسار أو إفلاس الغير المسئول ، ولتفادى ذلك يمكنه أن يشترط فى الوثيقة عدم انتقال حقه فى الرجوع على الغير بالحوالة إلا بعد حصوله على تعويض كل الضرر الذى أصابه . (١)

١٧٦ - جواز الإتفاق على عدم حلول المؤمن محل المؤمن له :

حلول المؤمن محل المؤمن له فى الرجوع على الغير المسئول لايتعلق بالنظام العام ، ولذلك يجوز الإتفاق على عدم حصول هذا الحلول سواء فى مواجهة الغير المسئول أو فى مواجهة مؤمنه . (٢)

وقد يشترط ذلك أى من المؤمن له أو المؤمن تحقيقا لمصلحته ، فالمؤمن له قد يخشى من أن يزاحمه المؤمن إذا لم يكن قد حصل على كل التعويض المستحق له ، ويحدث ذلك إذا رجع على الغير بما بقى له من تعويض فى ذات الوقت الذى يرجع به المؤمن على هذا الأخير

وقد يشترط المؤمن عدم حلوله محل المؤمن له ، ويكون ذلك بأن يدرج فى الوثيقة شرطا يستبعد به المسئولية التضامنية أو التضاممية للمؤمن له من نطاق الضمان ليتفادى مخاطر الرجوع على الغير الذى يمكن أن يكون معسرا أو مفلسا .

١٧٧ - الإستثناء القانونى على حق المؤمن فى الرجوع على الغير المسئول :

حق المؤمن فى ممارسة الرجوع على الغير المسئول ليس مطلقا ، بل يتعين ألا يكون هذا الغير ممن يسأل المؤمن له مدنيا عنهم ، كتابعيه أو من يخضعون لرقابته أو أقاربه ممن يقيمون معه فى معيشة واحدة .

---

(١) أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص ٢٣٤ .

(٢) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٣٠٠ .

وقد قرر هذا القيد أو الإستثناء كل من المشرع المصرى والمشرع الفرنسى ، ففى التقنين المدنى المصرى نجد أن المادة ٧٧١ التى أجازت للمؤمن حق الحلول محل المؤمن له قد قيدت هذا الحق بقولها " ... ما لم يكن من أحدث الضرر قريبا أو صهرا للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة ، أو شخصا يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله " ، أما المشرع الفرنسى فقد نص فى المادة ١٢١ / ١٢ / ٣ تشريعى من تقنين التأمين على أنه " إستثناء من الأحكام السابقة ، لايملك المؤمن أى رجوع على أبناء المؤمن له ، أو أصوله أو فروعه أو أصهاره المباشرين ، أو تابعيه أو مستخدميه أو خدمه ، وبصفة عامة كل شخص مقيم معه بصفة إعتيادية فى مسكن المؤمن له ، مالم يكن هناك سوء نية من أحد هؤلاء الأشخاص " .

ويلاحظ الفارق بين النص المصرى والنص الفرنسى من عدة نواح ، فمن ناحية ، نجد أنه أطلق الإستثناء بخصوص أقارب المؤمن لهم ، فى حين قصر النص الفرنسى ذلك على الأصول والفروع فقط ، ومن ناحية ثانية ، اشترط لسريان هذا الإستثناء أن يكون هؤلاء الأقارب ممن يقيمون فى معيشة واحدة مع المؤمن له ، وهو ما يمثل قيدا يحد من استفادة أقارب المؤمن له من هذا الإستثناء ، وهو ما لم يشترطه النص الفرنسى الذى - على العكس - مد نطاق هذه الحماية إلى أى شخص يقيم بصفة اعتيادية مع المؤمن له ، ومن ناحية ثالثة ، لم يرد فى النص المصرى استثناء على عدم جواز رجوع المؤمن كما ورد فى النص الفرنسى الذى أجاز الرجوع على أى من الأشخاص المذكورين إذا توافر لديه سوء النية فى ارتكاب الفعل الضار . (١)

والحكمة من هذا الإستثناء القانونى على حق المؤمن فى الرجوع على هؤلاء الأشخاص هو طبيعة العلاقة التى تربطهم بالمؤمن له ، تلك العلاقة التى تحول أدبيا دون رجوعه عليهم ، كما أن إجازة رجوع المؤمن عليهم قد تؤدى أحيانا إلى رجوعه على المؤمن له لكونه مسئولا عنهم أو لكونهم معسرين . (٢)

---

(١) إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٣٠٤ ، جلال إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٨٦٢ ومابعدها .

(٢) جلال إبراهيم : المرجع السابق ، نفس الموضع ، محى الدين المرسى : المرجع السابق ، ص ٢٥٦ .

ولأن هذه الحكمة غير معتبرة بخصوص مؤمن مسئولية أى من هؤلاء الأشخاص ، فإنه يجوز الرجوع عليه ، ويحدث ذلك عندما يكون المؤمن له متبوعا مسئولا عن خطأ تابعه - كمسئولية الطبيب المؤمن له عن أخطاء مساعديه أو تابعيه - ، فارتكب هذا الأخير خطأ ، وكان مؤمنا كذلك من مسئوليته ، ففى هذه الحالة يجوز لمؤمن المتبوع - الطبيب - أن يرجع بالدعوى المباشرة على مؤمن مرتكب الخطأ - تابع الطبيب - ، ولو كان هذا الأخير تابعا أو قريبا للمؤمن له .[1]

١٧٨ - تقادم دعوى الحلول التى يمارسها المؤمن فى مواجهة الغير المسئول :

لما كان المؤمن يمارس هذه الدعوى عن طريق الحلول محل المؤمن له ، فهو إذاً يمارس دعوى هذا الأخير ضد الغير المسئول [2] ، ولما كانت هذه الدعوى هى دعوى مسئولية ، فإن دعوى الحلول التى يمارسها المؤمن لاتنشأ عن عقد التأمين ، ومن ثم لاتخضع للتقادم المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من التقنين المدنى المصرى الخاصة بتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين ، وإنما تخضع للتقادم المقرر وفقا للقواعد العامة بحسب ما إذا كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية .[3]

---

(١) قرب : إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .

انظر كذلك :

Picard et Besson : op. cit., no. 346, p. 505 .

وجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية قد أنكرت ، فى حكم لها ، على المؤمن أن يرجع على مؤمن مسئولية أى من تابعى أو أقارب المؤمن له على أساس إن إجازة مثل هذا الرجوع يثير حقوق المؤمن له تجاه أى من هؤلاء الأشخاص ، الأمر الذى لم يفعله هو شخصيا .

Cass. 1re civ., 28 avr. 1970, R.G.A.T., 1971, p. 68 ; J.C.P. 1970, II, 16420 .

(2) Picard et Besson : op. cit., no. 342, p. 498 .

(٣) ومدة التقادم بالنسبة للمسئولية العقدية هى خمس عشرة سنة ما لم ينص القانون على مدة أقصر ، وبالنسبة للمسئولية التقصيرية ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه ، وخمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١٧٢ / ١ مدنى) .

القسم الثانى

التنظيم التشريعى للتأمين من المسئولية الطبية

١٧٩ - تمهيد وتقسيم :

بعد أن استعرضنا فى القسم الأول فكرة التأمين من المسئولية الطبية وتطبيق الأحكام العامة فى التأمين من المسئولية عليها ، فإنه يكون من الحرى بنا أن نتناول بعض صور التنظيم التشريعى لهذا التأمين فى المجال الطبى ، وآليات التعويض المكملة له .

فقد نظم المشرع الفرنسى التأمين الإجبارى من المسئولية بخصوص بعض صور النشاط الطبى ، وهو ما سيكون محلاً لدراستنا فى الباب الأول من هذا القسم ، والذى سنعرض فيه لحالات التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية فى فرنسا .

وحيث يقصر نظام التأمين من المسئولية عن ضمان المسئولية الطبية ، فهناك آليات التعويض المكملة له ، والتى تتناسق معه لتحقيق هدف مزدوج وهو ضمان مسئولية الطبيب المسئول ، ومنح المريض حقه كاملا فى التعويض . هذه الآليات هى موضوع بحثنا فى الباب الثانى من هذا القسم .

وعلى ذلك فسوف نقسم الدراسة فى هذا القسم إلى بابين :

الباب الأول : حالات تنظيم التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية فى فرنسا .

الباب الثانى : آليات الضمان المكملة لنظام التأمين من المسئولية .

الباب الأول

حالات تنظيم التامين الإجبارى

من المسئولية الطبية فى فرنسا

١٨٠- تمهيد وتقسيم :

أدرك المشرع الفرنسى أهمية أن يكون التأمين من المسئولية إجبارياً فى نطاق بعض صور النشاط الطبى ، وعلى الرغم من أنه لم يفرض إلتزاماً عاماً على الأطباء بإبرام مثل هذا التأمين ، إلا أنه لم يستطع أن يتغافل عن خطورة النتائج المالية التى تترتب على تحقق المسئولية الطبية فى بعض مجالات النشاط الطبى ففرض التأمين من المسئولية بخصوصها .

ولئن كان مثل هذه التنظيم يعد علاجاً جزئياً لتلك المشكلات المثارة فى رحاب المسئولية الطبية ، إلا أنه بكل تأكيد ليس علاجاً كاملاً لهذه المشكلات ، فالأمر يقتضى منه تنظيما عاما لهذا النوع من التأمين للمسئولية الطبية على اختلاف وتباين صور النشاط الطبى .

وقد تجلى تنظيم التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية فى فرنسا بخصوص صورتين للنشاط الطبى فى غاية الأهمية ، وهما التأمين من المسئولية لمراكز نقل الدم ، والتأمين من المسئولية عن إجراء التجارب الطبية .

وفى هذا الباب سنتناول دراسة التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية فى هذين المجالين [1] ، مخصصين لكل منهما فصلا مستقلا .

الفصل الأول : التأمين الإجبارى من المسئولية لمراكز نقل الدم .

الفصل الثانى : التأمين الإجبارى من المسئولية عن إجراء التجارب الطبية .

---

(١) جدير بالذكر أن المشرع الفرنسى قد فرض على المستشفيات إبرام تأمين إجبارى من مسئوليتها ، وذلك بموجب العديد من التشريعات المتعاقبة ، وهى :-

- لائحة ١٧ أبريل ١٩٤٣ حيث نصت المادة ١١٢ منها على وجوب إبرام المستشفيات تأمينايغطى مسئولية أعضائها فى مواجهة الغير .
- القرار الوزارى الصادر فى ١٤ أغسطس ١٩٦٣ بخصوص فرض التأمين من المسئولية بالنسبة لمستشفيات الأمراض العقلية والنفسية .
- المادة ١٥ من لائحة ٢٤ سبتمبر ١٩٤٠ ، والمادة ١١ من لائحة ٢٤ أغسطس ١٩٦١ ، حيث فرضتا على كل طبيب يمارس نشاطه فى مستشفى أن يبرم تأمينايغطى مسئوليته .

ويغطى هذا التأمين مسئولية المستشفى عن الأضرار الجسدية والمادية وغير المادية التى تصيب الغير متى كانت هذه الأضرار راجعة إلى أخطاء متصلة بوظائف وواجبات المستشفى ، بواسطة أحد تابعيه .

راجع فى ذلك :

Jur. Cl., op. cit., res. civ. fasc 583 .

ونكتفى بخصوص هذا التأمين بمجرد هذه الإشارة إليه ، حيث لا يتفرد بأحكام مختلفة عما تعرضنا له فى القسم الأول من هذه الدراسة ، ولذلك سيقتصر بحثنا لحالات التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية فى فرنسا على التأمين من المسئولية لكل من مراكز نقل الدم ، والقائم بالتجربة الطبية .

الفصل الأول
التامين من المسئولية لمراكز نقل الدم

١٨١- تمهيد وتقسيم :

تعاقبت النصوص التشريعية التى فرضت التأمين من المسئولية على مراكز نقل الدم ، فمنذ القانون رقم ٨٤٦ / ٦١ فى ١٩٦١ حتى لائحة ٢٧ يناير ١٩٨٠ وكل من هذه النصوص يصدر لتأكيد ذات الإلتزام على عاتق مراكز نقل الدم بإبرام عقود التأمين من المسئولية مع وجود بعض الإختلافات بينها .

١- القانون رقم ٨٤٦ / ٦١ الصادر فى ٢ أغسطس ١٩٦١ :

أدرج هذا القانون فى المادتين ٦٦٧ / ٥ و ٦٧٥ / ١ من تقنين الصحة العامة ، فكانت المادة ٦٦٧ / ٥ تقضى بأن مسئولية المؤسسات التى تتولى أخذ أو تلقى الدم من الأشخاص تتحقق ولو بدون خطأ عن المخاطر الناجمة عن هذا النشاط فى مواجهة هؤلاء الأشخاص ، وذلك بخصوص إجراء أى تعديل فى صفات أو خصائص الدم قبل أخذه ، وتلتزم بإبرام تأمين يغطى النتائج المالية المترتبة على تحقق هذه المسئولية وبدون حدود لهذا الضمان .

وكانت المادة ٦٧٥ / ١ تقضى بفرض عقوبة الغرامة من ٣٠٠٠ إلى ٢٠٠٠٠ فرنك ، وفى حالة العود من ٢٩٠٠٠ إلى ٤٠٠٠٠ فرنك والحبس من ٦ أيام إلى ٦ شهور لكل من يحدث تعديلاً فى صفات أو خصائص الدم للشخص المتبرع قبل أخذه منه . (١)

والملاحظ على هذا القانون أنه حصر نطاق الضمان على المسئولية الناشئة عن نشاط مؤسسات الدم فى تعديل صفات وخصائص الدم قبل أخذه من المتبرعين ، وإن امتاز هذا الضمان بأنه ضمان غير محدود .

---

(1) S. Barthélemy : " Les assurances obligatoires . caractères communs textes et commentaires ", 1985, p. 176 .

٢ - لائحة ١٧ مايو ١٩٧٦ :

وقد صدرت هذه اللائحة كذلك بخصوص المؤسسات التى تعمل فى مجال أخذ أو تلقى الدم [١] ، حيث ألزمت تلك المؤسسات بإبرام عقود التأمين من المسئولية لضمان المخاطر الناشئة عن الأضرار التى تصيب الأشخاص المتبرعين بالدم بمناسبة نشاط هذه المؤسسات فى مجال تلقى الدم ، على أن يكون ذلك طبقاً للنموذج المعد من وزارة الصحة ، بعد أخذ رأى اللجنة الإستشارية لنقل الدم .

ويلاحظ على هذه اللائحة بدورها أنها جاءت بضمان مسئولية مؤسسات نقل الدم عن نشاط أبعد مدى مما كان يضمنه قانون ٨٤٦ / ٦١ ، حيث يغطى التأمين الذى تفرضه تلك اللائحة ليس فحسب المسئولية الناشئة عن التعديل فى صفات وخصائص الدم قبل أخذه ، وإنما المسئولية الناشئة عن نشاط تلك المؤسات فى مجال نقل الدم عموماً .

٣ - لائحة ٢٠ يونيو ١٩٨٠ :

وقد صدرت هذه اللائحة بفرض ذات الإلتزام على مراكز نقل الدم بإبرام عقود التأمين من المسئولية ، ولكنها جاءت أوسع نطاقاً ، وأرحب مجالاً فى فرض هذا الإلتزام من التشريعات السابقة عليها ، فهى لم تحصر هذا الإلتزام فى نطاق تغطية المسئولية الناشئة عن تلقى الدم فحسب ، وإنما مدت نطاق الضمان إلى صور أخرى من النشاط الذى تقوم به مراكز نقل الدم ، كما لم تقتصر على ضمان المسئولية عن الأضرار التى تصيب المتبرعين فقط ، وإنما بسطت هذا الضمان إلى آخرين .

---

(1) J.O. 3 juin 1976 .

وحيث أن هذه اللائحة هى آخر ماصدر من تشريعات بفرض التأمين الإجبارى من المسئولية على مراكز نقل الدم ، فستكون محلاً لدراستنا ، على أن يتحدد نطاق هذه الدراسة فى إطار ثلاث مسائل هى طبيعة إلتزام مراكز نقل الدم ، ونطاق الخطر المؤمن منه ، ونطاق الضمان الناشئ عن عقد التأمين من المسئولية .

وفى دراستنا لهذه المسائل الثلاث سنفرد لكل منها مبحثا مستقلا كالتالى :

المبحث الأول : طبيعة إلتزام مراكز نقل الدم .

المبحث الثانى : نطاق الخطر المؤمن منه .

المبحث الثالث : نطاق الضمان .

المبحث الأول
طبيعة إلتزام مركز نقل الدم

١٨٢- تقسيـــم :

نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين ، نستعرض فى أولهما موقف القضاء الفرنسى ، ونخصص الثانى لتقدير هذا القضاء .

المطلب الأول
موقف القضاء الفرنسى

١٨٣- أصل المسألة :

يرتبط بتحديد طبيعة إلتزام مركز نقل الدم ضرورة تحديد طبيعة العلاقة بينه وبين المريض متلقى الدم ، فيما إذا كانت هذه العلاقة عقدية أو تقصيرية ، وبعبارة أخرى ، تحديد ما إذا كانت مسئولية المركز فى مواجهته مسئولية عقدية أم تقصيرية .

يمكن القول بداية بأنه ليست هناك علاقة مباشرة بين مركز نقل الدم وبين المريض ، فهذا الأخير يتلقى الدم اللازم لعلاجه الذى يتم بواسطة المستشفى أو الطبيب المعالج ، فالعلاقة تقوم مباشرة بين المركز وبين تلك الجهة التى تتولى علاج المريض فى إطار عقد التوريد le contrat de fourniture الذى يكون الدم محلا له .(١)

وبناء على ذلك ، فإن المريض الذى يصيبه الضرر من نقل الدم لا يستطيع الرجوع بالتعويض على أساس المسئولية العقدية إلا على الجهة التى تتولى علاجه (سواء كانت مستشفى عاما أو طبيبا خاصا) ، وذلك بناء على عقد العلاج المبرم بينهما ، ثم تقوم تلك الجهة ، على جانب آخر ، بالرجوع على المركز بناء على عقد التوريد .

(1) Anne Commbes : " Responsabilité civile et assurance de transfusion sanguine " , 1995, p. 21 .

أما فيما يتعلق برجوع المريض على المركز، فقد كان القضاء الفرنسي يجرى على تقرير مسئولية هذا الأخير على الأساس التقصيرى ، وذلك حتى صدور حكم محكمة النقض فى ١٧ فبراير ١٩٥٤ الذى أقام مسئولية المركز على الأساس العقدى ، وذلك تطبيقا لأحكام الإشتراط لمصلحة الغير stipulation pour autrui إعمالا لنص المادة ١١٢١ من التقنين المدنى الفرنسى .[(١)]

وقد كان هذا الحكم بمناسبة دعوى تتحصل وقائعها فى قيام مستشفى عام بالحصول على الدم اللازم لعلاج أحد المرضى من المركز الوطنى لنقل الدم الذى كان قد تلقاه من امرأة مصابة بمرض الزهرى Syphilis ، مما ترتب عليه نقل العدوى إلى المريض الذى قام برفع دعوى على المركز على أساس المسئولية التقصيرية وفقا للمادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى .

قضت محكمة استئناف باريس فى ٢٦ أبريل ١٩٤٨ بمسئولية المركز مسئولية تقصيرية ، وذلك لقيام الخطأ فى جانبه ، والذى تمثل فى عدم الأخذ بالإحتياطات المتاحة وفقا للأصول العلمية من أجل تفادى نقل الدم الملوث .[(٢)]

طعن المركز فى هذا الحكم على أساس عدم ثبوت وقوع أى خطأ من جانبه يتعارض مع الأصول العلمية ، إلا أن محكمة النقض فى حكمها الصادر فى

(١) يقابل هذا النص فى التقنين المدنى المصرى نص المادة ١٥٤ ، والتى تنص على أنه " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كانت له فى تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة مادية كانت أو أو أدبية .
ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط ، يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد .
ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ مااشترطه لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المشترط وحده هو الذى يجوز له ذلك " .
(2) Gaz. Pal. 1948, II , p. 42 ; D. 1948, p. 272 .

١٧ فبراير ١٩٥٤ (١) ، أيدت حكم محكمة الإستئناف ، ولكن على خلاف بينهما فى التأسيس ، حيث أقامت محكمة النقض مسئولية المركز على أساس المسئولية العقدية تطبيقا لقواعد الإشتراط لمصلحة الغير .

وفى ذلك تقول المحكمة : " إن الإتفاق المبرم بين المستشفى وبين مركز نقل الدم كان موضوعه توريد الدم لمصلحة المريض الذى يتلقى علاجه فى المستشفى ، وهو ما يعنى أن هذا الإتفاق بمثابة إشتراط لمصلحة الغير ـ المريض ـ على الرغم من كونه أجنبيا عن العقد " .

وهكذا فإن هذا الحكم أقر ، من جهة ، الطبيعة العقدية للعلاقة بين مركز نقل الدم وبين المريض ، فأصبح لهذا الأخير حق مباشر ـ بمقتضى عقد الإشتراط ـ فى مواجهة المركز.

وتعليقا على ذلك ، يؤكد الفقيه Savatier على أن الرجوع إلى قواعد الإشتراط لمصلحة الغير هو الوسيلة الوحيدة لضمان حماية المضرور ، حيث يكون له حق مباشر فى مواجهة مركز نقل الدم (٢) ، وقد تواترت أحكام القضاء الفرنسى من بعد هذا الحكم على الأخذ بهذا التكييف العقدى . (٣)

ومن جهة أخرى ، وضع الحكم على عاتق المركز إلتزاما بتحقيق نتيجة obligation du resultat، وهى توريد دم سليم خال من العيوب fourniture un sang exempt de vices ، وهو ما يعنى أن محكمة النقض قد أخذت بالخطأ المفترض la faute présumée حيث لا يلتزم المضرور بإثبات خطأ المركز الذى عليه ، إن أراد نفى مسئوليته ، أن يدفع بالسبب الأجنبى .

---

(1) Cass Ire. 17 déc. 1954, J.C.P. 1955, 8490, note Savatier ; D. 1955, p. 269, note Rodière ; Gaz. Pal. 1955, I , p.54 .
(2) Savatier , note sous l'arrêt 17 déc. 1954 , préc.
(3) Cass. civ. 1re, 14 nov. 1995, Bull. civ. , I ,no.414 ; J.C.P. , 1996 , I , 3985, no. 7, ob. Viney ; cou. d'app. de Paris 28 nov. 1991, D. 1992, p. 85, note Dorsner- Dolivet ; J.C.P. 1992, II , 21797 ; cou. d'app. d'Aix-en-Provence, 12 juill. 1993, D. 1994, p. 13 , note Vidal

وإذا كان هذا الحكم قد تخلى عن الخطأ واجب الإثبات la faute de preuve ، إلا أن هذا المسلك لم يستقر عليه القضاء الفرنسى من بعد ، ففى حين ظلت بعض الأحكام متمسكة بضرورة إثبات الخطأ لتقرير مسئولية مركز نقل الدم [١] ، اتجه الغالب منها نحو الأخذ بالمسئولية الموضوعية . [٢]

وقد كان هذا الإتجاه الموضوعى للقضاء الفرنسى تداركا للتفرقة غير المنطقية بين الحماية المقررة للمتبرع بالدم من جهة ، وبين تلك المقررة للمريض متلقى الدم من جهة أخرى ، إذ بينما يلتزم هذا الأخير بإثبات خطأ مركز نقل الدم ، فإن الأول - على العكس - يستفيد من وجود قرينة قانونية بافتراض خطأ المركز .

تلك القرينة نصت عليها المادة ٦٦٧ من قانون الصحة الفرنسى بقولها : "يقع على عاتق مركز نقل الدم إلتزام بالسلامة une obligation de sécurité ، بتحقيق نتيجة فى مواجهة المتبرعين " . [٣]

فهذا النص قرر المسئولية الموضوعية la responsabilité obgjective على عاتق المركز لصالح المتبرع بالدم [٤] ، ولاشك فى أن حرمان المريض متلقى الدم من الإستفادة من تلك القرينة يفرض عليه صعوبة إثبات أركان مسئولية المركز من خطأ وضرر وعلاقة سببية .

---

(1) T.G.I. de Paris, 19 mars 1974, J.C.P. , 1975, II , 18046 ; cou. d'app. de Lyon, 14 avr. 1977, Gaz. Pal. 1977, p. 668 .

(2) T.G.I. de Paris, 1re juill. 1991, Risques, no. 7 ; J.C.P. , 1991, II , 21762, note M. Harichaux ; T.G.I de Limoges, 31 juill. 1991, Gaz. Pal. 13-15 oct. 1991 ; cou. d'app. de Paris, 28 nov. 1991, D. 1992, p.85 .

(3) " Le centre de transfusion sanguine est tenu d'une obligation de sécurité, de résultat, à l'égard de ses donneurs " .

(4) Bruno Esnault : " Quelles solution aux problemes d'indemnisation des victimes d'accidents therapeutique : responsabilité objective et assurance du risque " 1992, p. 43 .

وإذا كان القضاء الفرنسى قد أراد التخفيف من عبء هذا الإثبات بأن افترض خطأ المركز فى جميع الحالات ، إلا أنه قد تجاوز ذلك إلى الحد الذى أنكر معه على المركز أن يدفع مسئوليته بالسبب الأجنبى .

ولعل حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٢ أبريل ١٩٩٥ ، يؤكد هذا الإتجاه لدى القضاء الفرنسى ، وقد كان هذا الحكم بمناسبة دعوى ترجع وقائعها إلى مايو ١٩٨٤ حيث أجريت لسيدة عملية ولادة قيصرية استلزمت نقل دم إليها ، وفى عام ١٩٨٦ حينما أجرت تلك السيدة بعض الفحوص تبين إصابتها بمرض الإيدز le sida ، فقامت برفع دعوى تعويض على كل من العيادة والطبيب ومركز نقل الدم ، ثم ما لبثت تلك السيدة أن توفيت .

قضت محكمة أول درجة بمسئولية كل هؤلاء ، فطعن المركز فى الحكم مستندا إلى أنه لم يكن هناك إلتزام على مراكز نقل الدم قبل أول أغسطس ١٩٨٥ بالتحقق من عدم تلوثه بمرض الإيدز - الذى لم يكن قد اكتشف بعد فى فرنسا - وحيث أن الوسائل العلمية المتاحة - فى ذلك الوقت - لم تكن تسمح باكتشاف تلوث الدم بمثل هذا المرض ، فإن المركز يكون فى وضع أشبه بالقوة القاهرة la force majeure ، ومن ثم فلا يكون هناك محل لمسئوليته لوجود السبب الأجنبى la cause étranger .

وفى الإستئناف أيدت محكمة استئناف باريس فى ٢٨ نوفمبر ١٩٩١ (1) ، حكم أول درجة فيما يتعلق بمسئولية كل من مركز نقل الدم والعيادة ، وألغته فيما يتعلق بمسئولية الطبيب ، حيث قضت برفض الطعن المقدم من المركز ، وجاء فى حيثيات حكمها أن " المركز ملتزم بتحقيق نتيجة ، وأن عدم اكتشاف ذلك الفيروس فى الدم لا يمثل سببا أجنبيا ، كما قررت أن العيادة - كالمركز تماما - تلتزم بتوريد دم خال من العيوب إلى المريض " .

---

(1) Cou. d'app. Paris 28 nov. 1991, D. 1992, p. 85, note Dorsner Dolivet ; J.C.P. , 1992, II , 21797, note M. Harichaux ; Gaz. Pal. 16 fév. 1992, note J. GM. et Paire .

وفى ١٢ أبريل ١٩٩٥ قضت محكمة النقض برفض الطعن المقدم من المركز فى حكم الإستئناف ، حيث أيدت هذا الأخير فيما تضمنه من مسئولية مركز نقل الدم ، دون ما انتهى إليه من تقرير مسئولية العيادة .

وقد أجرت المحكمة - وهى بصدد إعفاء العيادة من المسئولية - مقابلة بين مؤسسات العلاج (سواء كانت عامة أو خاصة) وهى التى لا تستخدم الدم إلا فى إطار تنفيذ عقد العلاج المبرم بينها وبين المرضى الذين يتلقون علاجهم لديها - ، وبين مراكز نقل الدم - التى يتركز دورها فى تقديم الدم إلى تلك المؤسسات - ، وخلصت المحكمة من تلك المقابلة إلى أن المؤسسة العلاجية (مستشفى أو عيادة) لا تسأل مع مركز نقل الدم عن توزيع دم ملوث .

وفيما يتعلق بتأييد حكم ثانى درجة فى تقرير مركز نقل الدم تقول محكمة النقض :
" إن وجود عيب غير معروف فى الدم لا يمثل - بالنسبة للمورد (المركز) - سببا أجنبيا ، فالمركز يلتزم بحفظ وصيانة الدم - الذى يستأثر العمل فيه - وبالتالى لايمكن إعفاؤه من تعويض النتائج الضارة التى يسببها توريد الدم الملوث ، كما لايمكن اعتبار عدم معرفة ذلك العيب إذاك من قبيل القوة القاهرة التى تعفى المركز من المسئولية " .[1]

ولاشك فى أن هذا الموقف من محكمة النقض وإن كان قد لقى قبولا من جانب ضحايا الدم الملوث ، إلا أنه - على جانب آخر - لم يلق هذا القبول من قبل شركات التأمين التى كان لهذا الحكم أثر حيوى على علاقاتها بمراكز نقل الدم .

والحقيقة أن مناقشة هذا القضاء وتحليل الأساس الذى قام عليه يبدوان أمرا ضروريا ، ومبعث هذه الضرورة أن هذا القضاء-أمام إشكالية تعويض مضرورى نقل الدم-

---

(1) A. Combet : op. cit. , p. 26 .

أراد أن يوجه نصوص المسئولية المدنية نحو تبرير إلتزام مراكز نقل الدم بالتعويض فى جميع الأحوال دون أن يفطن ، من ناحية ، إلى الأثر السلبى - المباشر - الذى يمكن أن يعترى إحدى آليات التعويض (التأمين) ومن ناحية أخرى ، إلى الأثر السلبى غير المباشر على المضرورين - أنفسهم - والذين لا تنهض بعبء تعويضهم القدرة المالية لتلك المراكز التى ستجد نفسها - أمام تقلص دور التأمين - فى مواجهة مباشرة معهم .

وتلك المناقشة وذلك التحليل هما محل البحث فى المطلب التالى .

المطلب الثانى
تقدير موقف القضاء الفرنسى

١٨٤- أصل المسألة :

فى مستهل هذه المناقشة ينبغى التنويه إلى أمر قد يبدو بديهيا ، وهو أن الدم وإن كان محلا لعقد توريد ، إلا أنه لا يصح النظر إليه كأى منتج آخر ، فهو من صنع الله تعالى ، وليس فى مقدور الإنسان أن يصل إلى سر صناعة قطرة واحدة منه . (١)

---

(١) الدم واحد من مكونات الجسم البشرى ، اقتضت وظيفته أن يكون متحركا فى حركة متكررة من الحياة ، وهو يضطلع بمهام نقلية خطيرة ، تهم خلايا الجسم كافة ، وهو يتكون فى الإنسان من جزئين أساسيين هما :

الأول ـــ خلايا الدم ، وتتكون من ثلاث مجموعات رئيسية هى :

ـــ الكرات الحمراء : وبها مادة الهيموجلوبين التى تكسب الدم لونه ، والتى تحمل الأكسجين من الرئتين إلى الأنسجة ، كما تحمل ثانى أكسيد الكربون لإخراجه فى الزفير .

ـــ الكرات البيضاء : وهى خط الدفاع الأول فى محاربة الجراثيم عن طريق التهامها وتحطيمها .

ـــ الصفائح الدموية : وهى تساعد فى عملية تجلط الدم وغلق الجرح وعدم النزف خارج الأوعية الدموية .

الثانى ـــ بلازما الدم :

وهى سائل مائى يحتوى على مئات المواد الزلالية والملحية والبروتينية ، وله وظائف هامة فى جسم الإنسان حيث يسمح بحركة الخلايـا دون أى عائق ، ويقوم بعمل كل الإتصالات والإنتقالات اللازمة للأعضاء ، كما يساعد فى ضبط ضغط الدم الشريانى ، وفى تجلط الدم إذا مـا خرج من الأوعية الدموية بالتعاون مع الصفائح الدموية ، وارسال المؤثرات عن طريق الهرمونات التى تفرز بواسطة بعض الأعضاء ـــ الغدد =

إذاً فمركز نقل الدم يقتصر دوره على مجرد تلقى ونقل الدم ، وهو فى سبيل ذلك يقوم بتخزين هذا الدم ومعاملته صناعيا بما يحتاجه ذلك من أجهزة ومعدات فنية تمنع تلوث الدم أو فساده [١] ، فدور المركز إذا لا يمكن أن يماثل دور الصانع . [٢]

وعلى الرغم من بداهة هذا التنويه ، وعلى الرغم من أنه كان من المستحيل فنيا اكتشاف فيروس الإيدز فى فرنسا قبل ٢١ يونيو ١٩٨٥ ، إلا أن أحكام القضاء الفرنسى - وعلى رأسه محكمة النقض - قد اضطردت - كما رأينا - على تقرير مسئولية مراكز نقل الدم فى مثل هذه الحالة ، الأمر الذى يثور معه التساؤل عن الأساس الذى نهض عليه هذا القضاء فى الفترة السابقة على اكتشاف ذلك المرض .

١٨٥- مناقشة اتجاه القضاء الفرنسى :

ويمكن القول إن القضاء الفرنسى قد استلهم موقفه من فكرة تقوم على اعتبار المركز بمثابة مورد لمنتج أيا كان comme un fournisseure de produit quelconque ، وفرض عليه إلتزامات البائع [٣] ، وأهمها فيما يتعلق بتوزيع الدم ومشتقاته livraison du sang et dérivés ، ضمان العيوب الخفية vices cachés ، ومخاطر التقدم les risques de développement ، كما اعتنقت بعض الأحكام فكرة الإلتزام بالتسليم l'obligation de délivrer .

= الصماء ـــ لضبط وظائف الجسم المختلفة . وتشترك بلازما الدم مع الكرات الحمراء فى تحديد فصائل الدم حيث يحمل كل منهما منفردا ، نصف الصفات الدالة على فصيلة دم الإنسان .

انظر : شوقى عبده الساهى : " الفكر الإسلامى والقضايا الطبية المعاصرة " ط ١ ، سنة ١٤١١ هـــ/ ١٩٩٠ م ، مكتبة النهضة المصريـة ، ص ٩٩ وما بعدها .

(١) محمد عبد الظاهر : مشكلات المسئولية المدنية فى مجال عمليات نقل الدم ، ١٩٩٥ ، ص ٥٥ .

(2) A. Combes : op. cit., p. 28 .

(3) Ibid.

١ - ضمان العيوب الخفية :

فيما يتعلق بهذا الضمان نجد أن محكمة استئناف Aix-en-Provence في حكمها الصادر في ١٢ يوليو ١٩٩٣ بتقرير مسئولية مركز الدم ، قد استندت فيه إلى أحكام ضمان البائع للعيوب الخفية ، والتي تجيز للمشتري الرجوع عليه بذلك الضمان ، وعلى هذا الأساس يكون للمضرور من نقل الدم أن يرجع على المركز لإخلاله بالسلامة .[١]

ولاشك في أن هناك اختلافا كبيرا بين الحالتين ، فمن جهة ، يجب على المشتري ، عند وجود عيب خفي في المبيع أن يرجع على البائع خلال الأجل القصير الواجب رفع دعوى الضمان خلاله [٢] ، وهو مالا وجود له في حالة توريد الدم الملوث ، ومن جهة أخرى فإن ضمان العيوب الخفية يجيز للمشتري أن يرجع على البائع بإحدى دعويين ، إما دعوى إنقاص الثمن l'action estimatoire حيث يظل العقد قائما مع رد الثمن إلى الحد المعقول ، وهو مالا وجود له أيضا في حالة توريد الدم ، وإما دعوى رد المبيع l'action rédhibitoire حيث يسعى المشتري من خلالها إلى فسخ العقد ، وهذه بدورها لا يمكن تطبيقها في حالة توريد الدم لأن المضرور - في هذه الحالة الأخيرة - لا يعنيه سوى إصلاح الضرر الذي أصابه [٣].

يضاف إلى ذلك ، أن القواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية تعجز عن الوفاء بمهمة تعويض الأضرار التي يحدثها المبيع بسبب ما به من عيب [٤] ، وبيان ذلك أنه إذا كان

---

(1) Cou. d'app, d'Aix-en-Provence, 12 juill. 1993, D. 1994, Jurisp., p.13 .

(٢) لم يحدد المشرع الفرنسي هذا الأجل ، وإنما ترك تحديده للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، وهو ما نصت عليه المادة ١٦٤٨ من التقنين المدني التي جرت عبارتها على النحو التالي

" L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentéepar l'acquéreur, dans un bref délai ... " .

وفي التقنين المدني المصري ، حددت المادة ٤٥٢ أن دعوى الضمان تسقط بالتقادم " إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول " .

(3) Gathe Cordelier : " Les transfusion de produits sanguins et la responsabilité civile " , 1995, p. 12 .

(٤) جابر محجوب علي : " ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة . دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي" ، مجلة الحقوق ، س ٢٠ ، ع ٣ ، سبتمبر ١٩٩٦ ، ص ٢١٩ .

المشترى له الحق - وفقا لنص المادة ١٦٤٤ من التقنين المدنى الفرنسى[1] - فى الخيار بين دعوى إنقاص الثمن ودعوى الفسخ ورد المبيع ، إلا أنه لايستطيع الرجوع على البائع بالتعويض إلا إذا كان هذا الأخير سئ النية بأن يكون عالما بوجود العيب ولم يكشف عنه للمشترى ، فيلتزم فى هذه الحالة - وفقا لنص المادة ١٦٤٥ مدنى فرنسى - بجميع التعويضات فى مواجهته[2] ، ومثل هذا الإثبات متعذر فى كثير من الحالات سيما بخصوص المنتجات الحديثة التى ظهرت نتيجة التطور الإقتصادى الهائل .[3]

وتطبيقا لتلك الأحكام فيما يتعلق بمسئولية مركز نقل الدم ، فالمضرور نتيجة وجود عيب خفى فى الدم لايملك الرجوع على المركز بالتعويض بناء على قواعد الضمان ما لم يثبت أن المركز قد ورد إليه هذا الدم عالما بما يعتوره من عيب ، ولاشك فى أن إمكانية مثل هذا الإثبات محل شك كبير .

ولذلك فإنه إذا كان المركز ملتزما بالتوريد الأمين للدم fourniture loyal du sang ، إلا أنه يلزم التسليم له بالحق فى نفى مسئوليته متى كانت هذه الأخيرة معزوة إلى سبب أجنبى ، ولاشك فى أن استحالة اكتشاف فيروس ما فى الدم - فى حدود المتاح من الإمكانيات العلمية - لابد أن يشكل سببا أجنبيا يترتب عليه انتفاء مسئوليته .[4]

---

(1) Art. 1644 : " Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts " .

(٢) ولم يأخذ المشرع المصرى ـــ فى التقنين المدنى الحالى ـــ بهذه التفرقة بين البائع حسن النية والبائع سئ النية حيث أحال فى خصوص آثار الضمان إلى القواعد الخاصة بضمان الإستحقاق والتى تجيز للمشترى أن يطالب بالتعويض " عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب الإستحقاق " (م ٤٤٣ / ٥) ، إذا اختار رد المبيع (م ٤٤٤ / ١) ، أو " أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الإستحقاق " إذا اختار استبقاءه (م ٤٤٤ / ٢) ، بغض النظر فى الحالتين ، عن حسن أو سوء نية البائع . انظر : جابر محجوب : المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .

(٣) وفى ذلك يقول د .جابر محجوب فى بحثه سابق الإشارة ، ص ٢١٩ " وهو (أى إثبات سوء نية البائع أى علمه بوجود بوجود العيب فى المبيع وعدم تنبيهه المشترى إلى ذلك) إثبات يتعذر النهوض به فى فى أغلب الحالات ، وخصوصا إذا أريد أن ينسب سوء النية إلى بائعى المنتجات الصناعية الذين يقومون بدور الوسيط بين المنتج والمستهلك ، ولايتدخلون بأى وجه كان فى تصميم السلعة أو صناعتها " .

(4) Jean Guigue : " Responsabilité civile des structurees de distribution de produits sangune " , Gaz. Pal. 1995, p. 32 .

وإذا كان هذا هو ما يفرضه المنطق القانونى ، إلا أن القضاء الفرنسى كان له منطق آخر حيث ورد صراحة فى حيثيات العديد من الأحكام [١] أن العيب الخفى فى الدم لا يمكن أن يشكل سببا أجنبيا . [٢]

يبقى القول أن هناك فارقا جوهريا آخر بين بيع وتوريد الأموال المنقولة les biens meubles ، وبين قيام المركز بتوريد الدم وهو البعد الأخلاقى والإجتماعى الذى يميز دور المركز ، والذى يتمثل فى صفة التبرع [٣] ، سواء فيما يتعلق بالشخص الذى يميز دور المركز ، والذى يتمثل فى صفة التبرع ، سواء فيما يتعلق بالشخص المتبرع بدمه إلى المركز ، أو فيما يتعلق بقيام المركز بتقديم هذا الدم إلى مؤسسات العلاج ، أو إلى الأشخاص الذين يحتاجون إليه .

ولا يقدح فى توافر تلك الصفة حصول المتبرع على مكافأة أو مقابل يغطى المصاريف المتطلبة لأخذ الدم أو التعويض عما فقده من دم ، كما لا يمنع منها حصول المركز على مقابل لما يؤديه أو ما يقدمه من دم ، فهذا المقابل ليس ثمنا للدم ، وإنما هو نظير تكاليف العمليات التى يقوم بها المركز من نفقات جمع الدم إلى حفظه بواسطة الأجهزة والمعدات الفنية التى تمنع فساده أو تلوثه [٤] ، وتلك الصفة - التبرع - بشقيها - من جانب المتبرع بالدم أو من جانب المركز - لا وجود لها فى توريد أى منتج آخر .

٢ - مخاطر التقدم العلمى :

وهى تلك المخاطر التى لا يمكن توقعها أو اكتشافها أثناء صناعة أو انتاج أو بيع الشئ ، وذلك طبقا للمعلومات العلمية والفنية المتوفرة عن هذا الشئ فى وقت صناعته أو

---

(1) Cass. civ. 12 avr. 1995 ; cou. d'app. de Paris, 28 nov. 1991, D. 1992, p. 85 ; tri. d'Evry, Gaz. Pal. 11-12 janv. 1995, p. 32 ; cou. d'app. de Bordeaux , Gaz. Pal. ibid. , p. 32
(2) " Le vice interne du produit, en l'espèse le sang , même indécelable ne constitue pas une telle cause étranger .... " .
(3) Jean Picard : " Assurance et transfusion sanguine " , Gaz. Pal. 1995, p. 41 .
(٤) محمد عبد الظاهر : المرجع السابق ص ٤٧ .

إنتاجه أو بيعه ، ولكن هذه المخاطر تظهر فيما بعد نتيجة للتقدم العلمى [1] ، وقد اعتبر القضاء الفرنسى العيب الذى يمثل خللا فى الشئ ويجعل من شأنه إحداث الضرر بالغير من مخاطر التقدم العلمى التى يتعين على المركز أن يتحمل تبعتها .

ومما هو جدير بالذكر أن تأسيس إلتزام المركز بالتعويض هنا ليس مؤسسا على أحكام الضمان المقررة فى خصوص ضمان العيوب الخفية ، وإنما على إلتزام آخر هو الإلتزام بضمان السلامة obligation de sécurité ، وهو إلتزام مستقل عن الإلتزام بالضمان . [2]

فما مدى صحة هذا النظر ؟ وكيف جاء تطبيق القضاء الفرنسى له ؟ .

نرى أنه فيما يتعلق بالشق الأول من السؤال أنه لا يصح النظر - ابتداء - إلى الدم باعتباره منتجا كغيره تسرى عليه ما يسرى على غيره من أحكام ، خاصة فيما يتعلق بتطبيق أحكام مخاطر التقدم العلمى ، وذلك لما سبق أن أكدناه من أن المركز ليس منتجا للدم ، وإن كان موردا له ، ولا سيما فى تلك الحالات التى يستحيل على المركز - فى ضوء الإمكانيات المتاحة - أن يكتشف وجود الفيروس الملوث للدم .

أما فيما يتعلق بالشق الثانى من السؤال والمتعلق بكيفية تطبيق القضاء الفرنسى لهذا النظر ، فالملاحظ على هذا التطبيق أنه اتسم بالإزدواجية ، إذ لم يعف مركز نقل الدم من المسئولية عن توريد دم ملوث فى حالة استحالة اكتشاف العيوب الخفية به ، وذلك على الرغم من أن هذا الإعفاء مقرر بالنسبة لتوريد أى منتج آخر .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(٢) وقد لجأ القضاء الفرنسى فى سبيل تعويض المشترى ـــ بعيدا عن القيود التى تفرضها أحكام الضمان ـــ إلى تقرير إلتزام مستقل على عاتق البائع هو الإلتزام بضمان السلامة الذى يلقى عاتق البائع أو المنتج أن يسلم منتجات خالية من أى خلل يكون مصدرا لخطر بالنسبة للأشخاص أو الأموال ، وعلى خلاف العيب فى الضمان الذى يجعل الشئ غير صالح للإستعمال المخصص له ، فإن مفهوم العيب الذى اعتنقه هذا القضاء هو الخلل الذى يجعل الشئ مصدر خطر ، وهذا الفارق يبرز اتجاه المحكمة إلى استبعاد قواعد الضمان ، والتعويل على إلتزام آخر هو الإلتزام بضمان السلامة . وقد جاء هذا الإتجاه القضائى تأثرا بما انتهى إليه المؤتمر الأوربى ـــ الذى انعقد فى بروكسل فى ٢٥ يوليو ١٩٨٥ بخصوص مسئولية المنتجين عن مخاطر المنتجات الحديثة ـــ من الفصل بين فكرتى السلامة والصلاحية للإستعمال ، حيث جعل تعويض الأضرار التى تنشأ عن كل منهما تخضع لنظام قانونى مستقل .

انظر فى تفصيل ذلك : جابر محجوب : بحثه سالف الإشارة ، مجلة الحقوق ، س٢٠ ، ع٤ ، ص٢٥٠ ومابعدها ، وانظر كذلك ص ٢٩٣ .

يتضح ذلك بجلاء من نص المادة السابعة من توصيات المؤتمر الأوربى رقم ٣٧٤ / ٨٥ المنعقد فى ٢٥ يوليو ١٩٨٥ ، والمتعلقة بمسئولية المنتج ، والتى جاء فيها أنه " لا تقوم مسئولية المنتج إذا أثبت أن المعطيات العلمية والفنية المتاحة وقت عرضه المنتج للتداول لم تكن تسمح بالكشف عن وجود أى عيب فى المنتج " .[١]

فهذا النص يقرر قاعدة عامة تطبق على أى منتج ، وقد كان من الطبيعى أن تسرى تلك القاعدة على حالة توريد الدم باعتباره منتجاً[٢] - فى الجملة - وبالتالى لا يسأل المركز عن العيوب الخفية فيه - تأسيساً على تحمل مخاطر التقدم -عند استحالة اكتشاف تلك العيوب ، غير أن القضاء الفرنسي - وعلى رأسه محكمة النقض - لم يطبق تلك القاعدة على هذه الحالة .

ويبدو أن رغبة محكمة النقض فى تعويض المضرور هى التى دفعتها إلى ذلك ، وأنها - فى سبيل ذلك - لم تأخذ فى اعتبارها حقيقة دور المركز وهى كونه متلقياً للدم من المتبرعين دون أن يكون له أى دور فى تركيبه أو تكوينه .

٣ - الإلتزام بالتسليم :

ذهبت بعض الأحكام[٣] ، إلى أن عدم قيام المركز بتوريد الدم سليماً من العيوب بما لا يتفق مع الغاية منه يعد إخلالا بالإلتزام بالتسليم ، وقد اعتنقت محكمة النقض فى بعض

---

(1) " Le producture n'est pas responsable s'il prouve ... que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence d'un défaut " (J. Ghestin : D. 1986, chr. ,p. 135) .

(٢) جدير بالذكر أن توصيات المؤتمر الأوربى هى توصيات ، أو بتعبير أدق قرارات ، ملزمة للدول الأعضاء ــ ومنها فرنسا ــ ، وقد تقرر فى هذا المؤتمر أن يبدأ سريان تلك التوصيات بصورة موحدة بدءا من ٣٠ يوليو ١٩٨٨ ، على أن تضمن الدول الأعضاء أحكـــام تلــك التوصيات فى تشريعاتها الداخلية ، وأن تجرى على تلك التشريعات التعديلات اللازمة للتوافق مع توصيات المؤتمر خلال ثلاث سنوات مـــن تاريخ انعقاده .

انظر :

Aurore Bouix : " Le risque de développement : responsabilité et indemnisation " 1995, p. 22 .

(3) T.G.I. Toulouse 16 juill. 1992 .

أحكامها [١] ، مفهوما واسعا لهذا الإلتزام إلى الحد الذى استبعدت معه تأسيس التعويض على ضمان العيوب الخفية فى حالة تعيب المبيع ، وأقامته على أساس الإخلال بالإلتزام بالتسليم .

فالإلتزام بالتسليم وفقا لهذا المفهوم الواسع يقصد به ضرورة مطابقة المبيع أو المنتج (الدم) لما تم الإتفاق عليه بين البائع أو المنتج (المركز) وبين المشترى أو المستهلك (المضرور) ، وهو مايطلق عليه شرط المطابقة la conformité ، وبناء عليه ، فإن وجود عيب بالمبيع أو المنتج (الدم) يخل بفكرة المطابقة ، ومن ثم يعد إخلالا بالإلتزام بالتسليم . [٢]

وإذا كنا نسلم بأن عدم المطابقة يختلف عن العيب الخفى فى الشئ ، وهو مايجعل لكل منهما نطاقا مختلفا عن الآخر[٣] ، إلا أنه يتعذر مسايرة منطق محكمة النقض الفرنسية ، فيما يتعلق بالتزام المركز بتسليم دم مطابق لما اتفق عليه ، حيث يؤدى إلى نتيجة غريبة ، وهى جواز الرجوع على المتبرع بالدم – بدوره – على أساس إخلاله بتقديم دم خال من العيوب un sang exempt de vices ، أو بتعبير أدق إخلاله بتسليم دم مطابق لما اتفق عليه ، وهى نتيجة يمكن قبولها فى حالة اعتبار هذا الشخص منتجا للدم ، وهو ما لم يقل به أحد . [٤]

وهكذا يمكن القول أن كافة الأسس التى استند إليها القضاء ترتكز جميعا على اعتبار الدم محلا للتداول ، ولعل عبارة المشرع الفرنسى فى بعض النصوص هى التى أوحت بذلك إلى القضاء ، فنص المادة ٦٦٧ /١ (البند الأول " ب ") يجيز تحويل الدم بمقابل

---

(1) Cass. civ. 1re, 5 mai 1993, D. 1993, p. 506 .

(٢) قرب جابر جاد : المرجع السابق ، ص ١٩٣ .

(٣) راجع فى تفصيل ذلك : جابر جاد : المرجع السابق ، ١٩٤ ومابعدها .

(4) A. Combes : op. cit., p. 29 .

le cession de sang à titre onéreux ، كما ان القانون رقم ٥ / ٩٣ الصادر فى ٤ يناير ١٩٩٣ (والمتعلق بنقل الدم) يؤكد ذلك حين اعتبر الدم منتجا كأى منتج دوائى . (١)

غير أنه لا يخفى أن انفصال الدم عن جسم الإنسان لا يلحقه بالأشياء التى تكون محلا للتعامل ، وإنما يظل جزأ من هذا الجسم خارجا عن دائرة التعامل ، وهو المبدأ الذى قررته المادة ١١٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى ، وطبقه القضاء فى العديد من الأحكام . (٢)

يمكن القول إذاً إن الأساس الذى قامت عليه أحكام القضاء الفرنسى بهدف تقرير مسئولية مراكز نقل الدم فى جميع الحالات التى يستحيل فيها اكتشاف تلوث الدم بواسطة الفيروسات الجديدة التى ليس لها مثيل virus non indentiés لا يتفق مع القواعد القانونية .

وفضلا عن ذلك ، فقد كان لهذه الأحكام صدى بعيد على شركات التأمين التى قررت منذ أول يناير ١٩٩٦ رفض تغطية المخاطر الناجمة عن نقل الدم ، الأمر الذى اضطر تلك المراكز إلى تحمل عبء تعويض المضرورين ، مما جعلها فى مأزق خطير بسبب التعويضات الضخمة التى تدفعها (٣) ، خاصة أن شركات التأمين تعلق إعادة منح ضمانها على تدخل المشرع بإصدار قانون يقصر مسئولية هذه المراكز على تلك المخاطر المعلومة من تلوث الدم ، أما ما لم يعرف بعد منها فيخرج عن حدود الضمان . (٤)

ولذلك فإن الأخذ بفكرة الضمان العام لتعويض المضرورين من تلك المخاطر الأخيرة يبدو أمرا ضروريا ، وذلك بدلا عن لى نصوص القانون لتقرير مسئولية تلك المراكز عن هذه المخاطر ، إذ ليس من اللازم – حتما – البحث دائما عن مسئول ، حيث يمكن اعتبار هذه

---

(1) Anne Mercadier : Rapport, Gaz. Pal. 11-12 janv. 1995, p. 27 .
(2) Cass. civ. 1re, 31 déc. 1989, D. 1990, p. 273 ; J.C.P. , 1990, II , 21526, note Gaudementtalon ; T.G.I. Rennes , 30 juin 1993, J.C.P. 1994 , II , 22250, note Neirinck .
(3) Rapp. préc.
(4) A. Combes : op. cit. , p. 29 .

المخاطر من قبيل الكوارث الطبيعية catastrophe naturelle التى تجد حلها فى ذلك الضمان العام . (١)

وغنى عن البيان - فى النهاية - أن هذه المناقشة للأساس الذى قامت عليه أحكام القضاء الفرنسى لا تعنى التغيير فى طبيعة إلتزام تلك المراكز من إلتزام بتحقيق نتيجة إلى إلتزام ببذل عناية (٢) ، إذ لا يخفى عدم صحة القول بذلك ، لأن تلك المراكز ليست مدينة ببذل العناية فى علاج المرضى (٣) ، وإنما هى ملتزمة بتقديم الدم اللازم لعلاج هؤلاء على نحو معين بأن يكون خاليا من أى عيب .

إنما تعنى هذه المناقشة أن القول بالتزام تلك المراكز بسلامة الدم obigation de securité du sang يجب ألا يؤدى إلى فرض إلتزام مستحيل عليها ، فالإلتزام بتحقيق نتيجة لا يحول دون تمسكها - وفقاً للقواعد العامة - بالسبب الأجنبى (والمتمثل فى استحالة كشف بعض الفيروسات الغير المعروفة للتقنيات العلمية المستخدمة) لدفع مسئوليتها .

وفى نهاية هذه المناقشة ، يبقى أن نقرر أنه على الرغم من أنه يجوز التأمين من نتائج القوة القاهرة وفقا للقواعد العامة ، والتى تعد استحالة اكتشاف الفيروس فى الدم مثالاً صادقاً لها ، وأنه يمكن استبعاد أثرها كسبب أجنبى ناف للمسئولية (٤) ، إلا أنه ليس من الممكن عملاً أن تقبل شركات التأمين التى تؤمن مسئولية مراكز نقل الدم أمام ضخامة التعويضات أن تضمن مسئولية بهذا الإتساع ، وهو مايدعونا إلى أن نؤكد على ضرورة

---

(1) Ibid .

(٢) يذهب جانب من الفقه (د .جابر جاد : بحثه السابق ، ص ٢٨٣) إلى أن طبيعة إلتزام البائع أو المنتج عن الصفة الخطرة للمبيع أو المنتج هو إلتزام بتحقيق نتيجة مخففة une obligation de résultat attenuée ، ويستطيع من ثم أن يتخلص من هذه المسئولية بإقامة الدليل على عدم وجود أى عيب أو خلل فى المبيع ، أو على اساس انتفاء علاقة السببية بين هذا العيب أو الخلل وبين الضرر الذى وقع ، ويقرر هذا الرأى تلك الطبيعة على أساس وجود قرينة على الخلل أو العيب فى المبيع ، ويحدد لهذه القرينة قيودا ثلاثة تحد من وطأتها على البائعأو المنتج بأن تقتصر على العلاقة بين البائع أو المنتج المحترف والمستهلك ، وأن تقتصر كذلك على المنتجات والأشياء الجديدة ، وأن تقتصر أخيراً على مدة زمنية معينة هى مدة الضمان الإتفاقى بما لايتجاوز مدة سنة .

(3) A. Combes : op. cit. , p. 32 .

(٤) انظر ماتقدم رقم ٩٤ ، ص ١٧٤ وما بعدها .

البحث عن وسيلة أخرى لتغطية هذه المسئولية سواء عن طريق نظام صندوق الضمان أو عن طريق الدولة مباشرة .[1]

المبحث الثانى
نطاق الخطر المؤمن منه

١٨٦- تقسيـــم :

حددت لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ نطاق الخطر المؤمن منه ، وذلك فى مادتين منها على التوالى ، حيث بينت المادة الثانية المخاطر التى يشملها الضمان ، وتناولت المادة الثالثة تحديد المخاطر المستبعدة منه ، ونتناول فيما يلى كلا منهما فى مطلب مستقل .

المطلب الأول
المخاطر المغطاة

١٨٧ - تعداد :

يغطى الضمان النتائج المالية المترتبة على تحقق مسئولية المركز أو أحد تابعيه ، سواء كانت تلك المسئولية عقدية أو تقصيرية ، وتتمثل فى الحالات التالية وفقا لما نصت عليه المادة الثانية من لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ :

١- المخاطر الناتجة عن تحقق مسئولية المركز فى مواجهة أشخاص محددين .

٢- مسئولية المركز فى مواجهة الغير بوجه عام .

٣- المسئولية المدنية عن حوادث التسمم الغذائى .

٤- المسئولية المدنية الناجمة عن القصور الوظيفى للمركز .

٥- المخاطر الناتجة عن تحقق مسئولية المركز عن توزيع الدم أو أحد مشتقاته .

---

(١) انظر لاحقا الباب الثانى من هذا القسم .

ونعرض لهذه الحالات بشئ من البيان فيما يلى :

١٨٨- أولا : المخاطر الناتجة عن تحقق مسئولية المركز فى مواجهة أشخاص محددين :

يغطى الضمان هذه المخاطر فيما يتعلق بالأضرار الجسدية أو المادية أو غير المادية التى تصيب :

(١) كل شخص متبرع بالدم : وذلك فى الحالات التالية :

أ- الضرر الناتج عن أى تدخل من جانب المركز بهدف التعديل أو التغيير فى خصائص الدم عند أخذه من المتبرع [١] ، سواء كان ذلك عن طريق الحقن Injection ، أو عن طريق عملية تغيير أو فصل البلازما Plasmaphérèse [٢] ، وسواء وقع هذا العمل فى مقر المركز أو فى أحد الأماكن التابعة له ، أو السيارات المجهزة والمخصصة لأخذ الدم وتكون تابعة للمركز (مادة ٢ / ١ بند أ) .

ب- الضرر الناتج عن أى حادث يقع للمتبرع حال توجهه من محل إقامته أو عمله إلى المكان المخصص لأخذ الدم ، فى الوقت المحدد لذلك ، متى كان ذلك بناء على دعوة كتابية من المركز ، أو عن طريق الإعلان فى الصحف (مادة ٢ / ١ بند ب) .

والملاحظ على هذه الحالة ، من جهة ، أنها حصرت الضمان فى حالة وقوع الحادث عند توجه المتبرع من محل إقامته أو عمله إلى حيث يتبرع بالدم ، وهو حصر لا مبرر له ، إذ من المتصور أن يتوجه هذا الشخص لغرض التبرع بدمه من أى مكان آخر .

---

(١) وجدير بالذكر أن المادة ٦٦٦ / ٦ قد وضعت عدة قيود فيما يتعلق بتغيير خصائص الدم وصفاته قبل أخذه ، وهى ألا يتم ذلك إلا عن طريق طبيب داخل مركز نقل الدم ، وبعد موافقة المتبرع وتبصيره بكافة المخاطر المحتمل .

(٢) وتستخدم هذه العملية فى حالة وجود أجسام مضادة بالدم بغرض التخلص منها ، وكذلك فى بعض حالات لزوجة الدم ، حيث يتم فصل البلازما من جسم المريض مع استبدالها إما ببلازما من متبرعين آخرين أو بسوائل طبية أخرى .

Anderson (KC) : " Harrison's pricipales of internel medcine " " chap. 115 (Transfussion biology and therapy),ed. 14, p. 718 .

كما يلاحظ من جهة أخرى، أن هذه الحالة قد حددت وسيلتين يتم التبرع بالدم عن طريق أي منهما، وهما إما دعوة كتابية من المركز، أو إعلان في الصحف، وهو ما يعني أن المتبرع بالدم حتى يستفيد من الضمان - في هذه الحالة - لا بد أن يتوجه إلى حيث يتبرع بالدم بناء على إحدى هاتين الوسيلتين، وهو ما يعني أن الشخص الذي يتوجه للتبرع بدمه من تلقاء نفسه لا يستفيد من هذا الضمان في حالة وقوع أي حادث له، وهي تفرقة لا مبرر لها .

جـ- الضرر الناتج عن أي حادث يقع للمتبرع أثناء عودته من المكان المخصص لأخذ الدم إلى محل إقامته أو عمله، يستوي في ذلك أن يكون قد تبرع بالفعل، أو أن يكون المركز قد رفض أخذ الدم منه بعد إجراء الفحوص اللازمة للتحقق من وجود أو عدم وجود أي مرض يمكن أن ينتقل عن طريق نقل الدم (مادة ٢ /١ بند ج) .

(٢) كل شخص يتعاون مع المركز على سبيل التطوع : وذلك في الحالات التالية :

أ- أي ضرر يصيبه في مقر المركز، أو في أي مكان يمارس فيه نشاطه، ويكون تابعا لهذا الأخير .

ب- أي ضرر يصيبه حال توجهه من مقر إقامته أو عمله إلى المركز أو أحد الأماكن التابعة له أو العكس (مادة ٢ / ٢) .

(٣) كل شخص متلق للدم :

وذلك عن الأضرار التي تلحق به نتيجة نقل الدم أو أحد مشتقاته إليه (مادة ٢/ ٣)

١٨٩- ثانيا : مسئولية المركز عن أفعال تابعيه وعن حوادث الآلات في مواجهة الغير :

ويقصد بها المسئولية التقصيرية للمركز في مواجهة الأشخاص المذكورين في البند " أولا "، والتي تتحقق نتيجة الأضرار التي يتسبب فيها أحد تابعي المركز، أو الناشئة عن

أدوات وأجهزة المركز، سواء كانت هذه مملوكة له أو فى حيازته ، كما يستوى فى تلك الأضرار أن تكون أضرارا جسدية أو مادية أو أدبية .

١٩٠- ثالثا : المسئولية المدنية عن حوادث التسمم الغذائى R.C. Intoxication Alimentaire

وتتعلق هذه الحالة بضمان نتائج المسئولية المدنية للمركز عن الأضرار الجسدية الناشئة عن حوادث التسمم التى يمكن أن تصيب الغير على أثر تناول أطعمة معدة أو مقدمة من المركز أو تابعيه . ويقصد بهذه الأطعمة أو الأغذية تلك التى يقدمها على سبيل المقابل الرمزى للمتبرعين بالدم .

١٩١- رابعا : المسئولية المدنية الناشئة عن القصور الوظيفى للمركز :

ويقصد بهذه الحالة المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات التى لايكون المركز مالكا أو حائزا لها ، نتيجة سوء استخدام أحد تابعيه لها ، من محل إقامته إلى محل عمله ، سواء كان هذا الإستخدام يتم بصورة منتظمة أم لا .

١٩٢- خامسا : المخاطر الناتجة عن تحقق مسئولية المركز عن توزيع الدم أو أحد مشتقاته sang et dérivés

ويقصد بتوزيع الدم هنا ، كل تسليم حقيقى من المؤمن له - المركز - إلى الغير، بحيث يكون فى مكنة هذا الأخير أن يستخدم هذا المنتج - الدم - بعيدا عن كل تدخل من جانب المركز أو أحد تابعيه . وعلى ذلك لا يدخل فى مفهوم توزيع الدم ، نقل الدم الذى يتم بواسطة المركز مباشرة (مادة ١ / ٩) .

وينطبق هذا الضمان على النتائج المالية المترتبة على وقوع الأضرار سواء كانت جسدية أو مادية أو غير مادية ، وذلك عند وجود عيب أو خلل أو خطأ فى تجهيز الدم أو تخزينه أو نقله (مادة ٢ / ٥) .

المطلب الثانى

المخاطر المستبعدة من الضمان

١٩٣- تمهيـــد :

وهذه المخاطر إما مخاطر مستبعدة بصورة مطلقة ، أو مخاطر مستبعدة ما لم يتفق صراحة على امتداد الضمان إليها .

١٩٤- أولا : المخاطر المستبعدة بصورة مطلقة : (مادة ٣/١)

(١) الأضرار الناتجة عن الخطأ العمدى أو التدليس الواقع من المؤمن له - المركز - ، وذلك وفقا للقواعد العامة .

(٢) الأضرار الناتجة عن حوادث السيارات التابعة للمركز، سواء كانت مملوكة له أو فى حيازته .

(٣) الأضرار الناتجة عن الأموال التابعة للمركز سواء كانت مملوكة للمركز أو فى حيازته ، مالم تكن تلك الحيازة عارضة بهدف جمع الدم الذى يتم خارج مقر المركز، فتدخل حينئذ فى ضمان المؤمن .

(٤) الأضرار الناتجة عن حوادث الآلات من حريق أو تسرب مياه أو غاز أو حدوث انفجار فى الأماكن المملوكة للمركز أو المؤجرة له أو التى يكون حائزا لها . على أن هذا الإستبعاد لا يسرى فى حالة حيازة المركز لبعض الأماكن بصفة مؤقتة بهدف جمع الدم خارج المقر المعتاد له .

(٥) الأضرار الجسدية التى تصيب أحد تابعى المركز أثناء تأديتهم لعملهم ، حيث يخضع ضمان هذه الأضرار لأحكام التعويض عن إصابة العمل متى توافرت شروطه .

ومن أهم المخاطر المستبعدة من الضمان ، فضلاً عما تقدم ، مسئولية المركز عن حالات تلوث الدم بالإيدز، حيث تغطى تلك الحالات عن طريق نظام صندوق الضمان الذى أنشأه المشرع الفرنسى بموجب القانون رقم ١٤٠٦ / ٩١ فى ٣١ ديسمبر ١٩٩١ لتعويض ضحايا الإيدز .[١]

١٩٥- ثانياً : المخاطر المستبعدة من الضمان بصورة نسبية :

إذ الأصل بالنسبة لهذه المخاطر هو الإستبعاد ، ولايشملها الضمان مالم يتفق على امتداده إليها ، ويقصد بها المخاطرالتى تترتب على عمليات فصل الخلايا البيضاء leucophérèses [٢] ، أو عمليات فصل الخلايا عن الدم cytaphérèses (٣) ، فهذه المخاطر مستبعدة من الضمان مالم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، وعادة ما يكون هذا الإتفاق مصحوباً بشروط خاصة ، ونظير زيادة فى قسط التأمين (مادة ٢ / ١) .

---

(1) J. CL. 1996, res. civ. fasc. 583 ou civ. annex. assur. fasc. 83, no. 136 .

(٢) وتستخدم هذه العملية فى بعض حالات سرطان الدم بغرض فصل الخلايا التى تحمل المرض كمرحلة أولى من العلاج قبل اللجوء إلى وسيلة أخرى كالعلاج الكيماوى ، كما تستخدم كذلك فى بعض حالات فصل الخلايا البيضاء بغرض استخدامها فى عمليات نقل النخاع .
Anderson : op. cit., p. 718 .

(٣) وتشمل هذه العملية كل من فصل الخلايا البيضاء leucophérèses ، وفصل الصفائح الدموية aphارèse des plaquettes ، والغرض منها تفادى الحصول من المتبرع على قدر معين من خلايا الدم الحمراء يزيد عن الحد الأقصى الممكن أخذه منه ، حيث يمكن الحصول على كميات من الصفائح الدموية توازى عشرة أضعاف الحد الأقصى من هذه الخلايا ، مما يجنب المريض الذى يحتاج إلى صفائح دموية مخاطر تلقى الدم من أكثر من متبرع .

Ibid.

المبحث الثالث

نطاق الضمان

١٩٦- تقسيـم :

حددت لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ ، فى المادة الرابعة منها ، نطاق الضمان الناشئ عن تأمين المسئولية لمراكز نقل الدم من حيث الزمان ، كما أنها أخذت ، فى مادتها الخامسة بمبدأ الضمان المحدود من حيث قيمة هذا الضمان .

ولذلك فإن معالجة هذا المبحث يمكن أن تتم من خلال مطلبين ، نتناول فى الأول نطاق الضمان من حيث الزمان ، وفى الثانى نطاقه من حيث القيمة .

المطلب الأول
نطاق الضمان من حيث الزمان

١٩٧- تمهيـد :

ميزت اللائحة فى هذه الخصوص بين حالتين ، تتعلق الأولى بمسئولية المركز المنصوص عليها من البند " أولا " إلى البند " رابعا " (أخذ دم ، حقن ، حوادث ، تسمم غذائى) بأن جعلت هذا الضمان مقتصرا على المطالبات بالتعويض التى تتم أثناء مدة العقد .

وهذه الحالة لاتثور بشأنها مشكلة بخصوص تطبيق القضاء الحديث للقضاء الفرنسى - أحكام ١٩ ديسمبر ١٩٩٠ - فيما يتعلق بحدود الضمان من حيث الزمان ، فهذا

القضاء وإن كان قد أهدر الشروط المحددة لمدة الضمان ، والتى تحصر هذا الضمان على المطالبات التى تتم أثناء سريان العقد ، إلا أن ذلك كان بخصوص التحديد الإتفاقى بين طرفى العقد ، أما فى الحالة التى نحن بصددها ، فتحديد الضمان إنما تم بأداة تشريعية ، وهى لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ ، ولذلك يمكن القول أنه لاتعارض بين ما نصت عليه اللائحة وبين ماقرره القضاء الفرنسى الحديث .

أما الحالة الثانية فتتعلق بمسئولية المركز المنصوص عليها فى البند " خامسا " (المسئولية عن توزيع الدم أو أحد مشتقاته) ، وقد جعلت اللائحة الضمان ممتدا إلى ما بعد انقضاء عقد التأمين لمدة خمس سنوات ،

ويمكن القول إن تطبيق مبدأ الضمان اللاحق ، بخصوص هذه الحالة ، لم يكن مثار اختلاف بين أحكام القضاء الفرنسى ، وإن وقع الإختلاف حول مدى هذا الضمان اللاحق ، وفيما إذا كان ضمانا غير محدود ، أم أنه محدود بمدة معينة بعد انقضاء سريان العقد .

وفيما يلى نعرض لهذه الحالة فى ضوء مانصت عليه اللائحة ، وتطبيق القضاء الفرنسى لذلك ، ومدى التزام هذا القضاء بما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية فى اتجاهها الحديث بخصوص تطبيق الضمان من حيث الزمان .

١٩٨ – نص المادة الرابعة من لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ :

نصت لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ فى المادة الرابعة منها على أنه " فيما يتعلق بضمان مسئولية المركز المنصوص عليها فى البند " خامسا " ، فإنه يطبق لمدة أقصاها خمس سنوات تالية على انقضاء العقد ، وذلك بخصوص المطالبات المتعلقة بتوزيع الدم أو أحد مشتقاته ، متى تم هذا التوزيع أثناء سريان العقد " .

وفى ضوء هذا النص ، يمكن القول إن الضمان اللاحق هو الأصل الذى لا يكون للمؤمن أن يهدره بواسطة تضمين العقد شرطا يقصر به ضمانه على تلك المطالبات التى

تقدم أثناء سريان العقد ، وقد قطع هذا النص بأن مفهوم الكارثة التى يغطيها الضمان هو الواقعة الضارة ، وذلك حين ذكر أن تطبيق الضمان إنما يكون على المطالبات المتعلقة بنقل الدم - وهو الواقعة الضارة - الذى يتم أثناء سريان العقد .

١٩٩ - موقف القضاء الفرنسى :

كما سبق أن رأينا [(١)] ، فإن قضاء محكمة النقض اللاحق على أحكام ١٩ ديسمبر ١٩٩٠ - الذى قرر ضمانا لاحقا غير محدود - قد استقر على تحديد الضمان اللاحق فى حالة وجود نص قانونى أو لائحى يقيد هذا الضمان بمدة معينة .

وعلى الرغم من وجود النص اللائحى الصريح - فى نطاق التأمين من مسئولية مراكز نقل الدم - بتحديد مدة الضمان اللاحق بخمس سنوات تالية على انقضاء العقد ، إلا أن الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسى فى هذا الشأن قد ترددت فى الأخذ بأى من الإتجاهين السابقين ، إذ بينما أخذ البعض منها بالضمان غير المحدود سيرا على أحكام ١٩٩٠ ، أخذ البعض الآخر بالضمان اللاحق المحدود اتباعا لأحكام ١٩٩٣ ، وقد كان هذا الإتجاه الأخير محل قبول من مؤمنى مراكز نقل الدم .

ففى الحكم الصادر عن محكمة Bordeaux الإبتدائية فى ١٦ فبراير ١٩٩٤ ، ذهبت المحكمة إلى أنه " إذا كان مركز نقل الدم فى Bordeaux يفيد من قضاء ١٩٩٠ - والذى وضع على عاتق المؤمن ضمانا لاحقا غير محدود - ، إلا أنه وفقا لما جرى عليه قضاء النقض من بعد - حكم ٢٨ أبريل ١٩٩٣ ، وحكم ٢٣ يونيو ١٩٩٣ ، والأحكام التالية لهما - فإن الشرط الذى يضعه المؤمن ويحدد بموجبه الضمان اللاحق على انقضاء العقد

---

(١) انظر آنفا رقم ١٢٣ ، ص ٢٤١ وما بعدها .

بمدة معينة شرط صحيح ، ومن ثم فإن رجوع المضرور على المؤمن بعد انقضاء مدة هذا الضمان يكون غير مقبول " . [١]

وفى حكم آخر لذات المحكمة فى ٢٣ مارس ١٩٩٤ [٢] ، أكدت المحكمة على الأخذ بقضاء ١٩٩٣ الذى أقر صحة شرط الضمان اللاحق فى التأمين الإجبارى من المسئولية المهنية ، حيث قضت بأن " عبء تعويض المضرور يقع على مركز نقل الدم فى Bordeaux وبالتالى لا وجه لرجوع المضرور على المؤمن لوقوعه بعد انقضاء مدة الضمان اللاحق المنصوص عليه فى العقد " .

وإذا كانت محكمة Bordeaux قد أخذت فى الحكمين السابقين بقضاء ١٩٩٣ ، إلا أنها قد عدلت عن هذا المسلك فى حكمها الصادر فى ٢٦ يوليو ١٩٩٤ ، حيث أكدت فى هذا الحكم على حيثيات قضاء محكمة النقض فى ١٩٩٠ ، والذى أبطل شرط قصر الضمان على المطالبات التى تقع أثناء سريان العقد ، وتأسيسا على ذلك قضت المحكمة بأنه " يتعين إهدار شرط الضمان اللاحق المحدود " .

٢٠٠- مناقشة موقف القضاء الفرنسى :

الحقيقة أن هذه الأحكام جميعا قد تجاهلت المسلك الذى استقرت عليه محكمة النقض فيما يتعلق بتحديد نطاق الضمان من حيث الزمان فيما يتعلق بالتأمين الإجبارى من المسئولية المهنية ، والذى أجاز تحديد الضمان عند وجود نص تنظيمى يقضى بذلك سواء كان قانونيا أو لائحيا .

فالحكمان الأول والثانى - ١٦ فبراير ١٩٩٤ ، ٢٣ مارس ١٩٩٤ - واللذان أقرا صحة تحديد مدة الضمان اللاحق تبعا لاتفاق طرفى العقد ، وإن عمدا إلى تطبيق الضمان اللاحق المحدود الذى استقرت عليه محكمة النقض منذ حكم ٢٨ أبريل ١٩٩٣ ، إلا أنهما طبقاه على نحو مخالف لهذا القضاء ، إذ بينما أجاز هذا الأخير تحديد مدة الضمان

---

(1) Arrêt non publiée , v. A. Combet , préc. , p. 73 .
(2) A. Combet : op. cit. , p. 73 .

استثناءً على مبدأ الضمان غير المحدود – فى حالة وجود نص قانونى أو لائحى ، نجد أن هذين الحكمين قد أقرا تحديد الضمان فى اتفاق الطرفين على ذلك ، وعلى هذا الأساس قضيا بصحة الشرط الذى يدرجه الطرفان بتحديد مدة الضمان اللاحق ، ولو لم يكن هذا الشرط مستنداً إلى نص قانونى أو لائحى .

أما الحكم الثالث – ٢٦ يوليو ١٩٩٤ – والذى أخذ بمبدأ الضمان غير المحدود – وفق ما قررته محكمة النقض فى ١٩٩٠ – فقد أغفل مسلك هذه المحكمة ذاتها فيما بعد ، والذى عدلت فيه عن قضائها فى ١٩٩٠ ، أو بعبارة أخرى ، قيدت الضمان غير المحدود الذى أقره هذا القضاء .

ولذلك ، فإن هذه الأحكام جميعاً قد تعرضت للإلغاء من محاكم الإستئناف ، حيث كانت جميعاً محلاً للطعن .[1]

ولعل ذلك هو ما دفع محكمة Bordeaux فى حكمها الصادر فى ٥ ديسمبر ١٩٩٤ إلى تطبيق مبدأ الضمان المحدود بالقيد الذى استقرت عليه محكمة النقض ، حيث طبقت النص اللائحى المحدد لمدة الضمان (المادة ٤ من لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠) .

وفى ذلك تقول المحكمة " ولما كانت وثيقة التأمين من المسئولية المبرمة بين مركز نقل الدم فى Bordeaux ، وبين المؤمن قد احتوت على شرط يحدد الضمان بخمس سنوات تالية على انقضاء مدة سريان العقد ، فإن هذا الشرط قد جاء مطابقا لنص المادة الرابعة من لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ الذى وضع حدا أقصى لضمان المؤمن خمس سنوات تالية على انقضاء العقد " .[2]

وبناء على ذلك قضت المحكمة بصحة شرط تحديد الضمان المدرج فى وثيقة التأمين موضوع النزاع .[3]

---

(1) Ibid. , p. 74 .
(2) Ibid. , p. 74 .
(3) Ibid. , p. 75 .

المطلب الثانى

نطاق الضمان من حيث القيمة

٢٠١- تمهيد وتقسيم :

اختلفت اتجاهات القضاء الفرنسى حول تحديد قيمة الضمان الناشئ عن تأمين مسئولية مراكز نقل الدم ، وقد كان هذا الإختلاف نتيجة للتباين فى تفسير نص المادة الخامسة من لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ المتعلقة بهذا التحديد .

والأخذ بأى من هذه الإتجاهات يترتب عليه نتائج مالية غاية فى الأهمية لكل من المؤمن له - المركز - ، والمؤمن ، وكذلك المضرور .

وعلى ذلك يمكن أن نتناول هذا المطلب من خلال ثلاث فروع ، نخصص الأول لتحديد وضع المشكلة ، والثانى لاتجاهات القضاء ، أما الثالث فنعرض فيه للنتائج المالية المترتبة على هذا الإختلاف .

الفرع الأول
وضع المشكلة

٢٠٢- نصوص متعارضة :

ميزت اللائحة فى مادتها الخامسة بين نوعين من الضمان ، الأول وهو المنصوص عليه فى البنود " أولا " و " ثانيا " و " رابعا " (والمتعلقة بأخذ الدم ، والحقن ، والحوادث التى تقع بعل تابعى المركز أو الناشئة عن أجهزته ومعداته) ، وقد قررت اللائحة ضمانا غير محدود عن الأضرار الجسدية التى تتحقق فى هذه الحالات ، أما بخصوص الأضرار المادية

وغير المادية فقد قررت مبدأ التعويض المحدود وفقا لما يتفق عليه فى عقد التأمين أيا كان عدد المضرورين ، ولاتثور مشكلة بخصوص هذا النوع الأول من الضمان .

أما الثانى ، وهو المنصوص عليه فى البندين " ثالثا " (حالة التسمم الغذائى) و " خامسا " (المسئولية عن توزيع الدم أو أحد مشتقاته) ، وهذه تحتاج إلى شئ من البيان والتفصيل .

فقد نصت المادة الخامسة من لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ فى فقرتها الثالثة على أنه " تتحدد قيمة الضمان عن الأضرار الجسدية والمادية وغير المادية الناشئة عن تحقق مسئولية المركز النصوص عليها فى البندين (ثالثا) و (خامسا) وفقا للشروط الخاصة حسب الكارثة وسنة التأمين ، وتنقص هذه القيمة مع كل تسوية ودية كانت أو قضائية ، أيا كانت الأضرار ، ولا يتجدد هذا الضمان تلقائيا بعد التسوية " .

ووفقا لهذا النص ، فإن تحديد قيمة الضمان يترك لاتفاق طرفى عقد التأمين ، مما يعنى تفاوت قيمة الضمان من عقد لآخر ، ولذلك فإن بعض هذه العقود يضع حدا أقصى للضمان حتى بالنسبة للأضرار الجسدية ، بينما يقرر البعض الآخر ضمانا غير محدود عن هذه الأضرار .[1]

والمشكلة تبرز أساسا بالنسبة للعقود التى يتحدد فيها الضمان بقيمة معينة ، ووجه المشكلة هو تحديد مفهوم الكارثة ، فهل كل واقعة تلوث Contamination للدم تمثل وحدها كارثة قائمة بذاتها ، وبالتالى تتعدد الكوارث بتكرار حدوث تلك الواقعة ؟ أم أن كافة الوقائع الضارة - حوادث تلوث الدم - التى تقع خلال سنة التأمين ، وترجع إلى سبب واحد ، تشكل جميعا كارثة واحدة ؟ .

---

(١) فمثلا نجد أن الحد الأقصى لهذه القيمة مليونان ونصف مليون فرنك بالنسبة لمركز نقل الدم فى Bordeaux ، وخمسة ملايين فرنك بالنسبة لمركز Alpes Maritimes ، وإلى جانب هذه العقود التى يتحدد فيها الحد الأقصى للضمان ، هناك عقود أخرى تمنح ضمانا غير محدود عن الأضرار الجسدية ، ومثالها عقدا تأمين كل من مركز Crétieil ومركز Evry .

القول بأن الكارثة تتجدد بتكرار واقعة العدوى أو التلوث ، يترتب عليه أن يكون لكل مضرور على حدة الحق فى أن يستأثر وحده بكل قيمة الضمان ، وهو ما يتفق مع مبدأ التعويض الكامل .

أما القول بأن كافة وقائع العدوى أو التلوث التى تقع أثناء سريان العقد ، تمثل جميعا كارثة واحدة ، يترتب عليه تصور عدم حصول بعض المضرورين على التعويض ، وذلك إذا بادر أحدهم إلى المطالبة بالتعويض ، إذ قد يحصل على كل أو معظم مبلغ التأمين الذى يتناقص مع كل تسوية دون أن يتجدد وفقا للنص المتقدم .

ويرجع ذلك إلى أن الضمان - وفقا لهذا القول - يغطى كل كارثة ترتد إلى ذات السبب - واقعة العدوى أو التلوث - الذى أثار ضمان المؤمن ، فيستوفى جميع المضرورين قيمة الضمان فيما بينهم أيا كان عددهم ، ولا شك فى أن القول بذلك لا يتفق مع مبدأ التعويض الكامل ، وهو ما لا يحقق مصلحة مجموع المضرورين .(١)

٢٠٣- أساس المشكلة :

ترجع هذه المشكلة إلى التعارض بين نص المادة الخامسة- المتقدم - ، والوارد ضمن النصوص العامة للائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ من ناحية ، وبين النص الوارد فى بعض وثائق التأمين - وهو نص خاص- من ناحية أخرى .

ووجه التعارض أنه بينما تنص المادة الخامسة على أن قيمة الضمان تتحدد حسب الكارثة ومدة العقد ، فإن وثيقة تأمين المسئولية لمركز Bordeaux - على سبيل المثال - تنص على أن تلك القيمة تتحدد حسب المضرور ومدة العقد .

فإذا أخذنا بما تقضى به المادة الخامسة - النص العام - لترتب على ذلك الأخذ بالقول الثانى الذى يعتبر كافة وقائع العدوى أو التلوث كارثة واحدة ، وبالتالى تناقص الضمان مع كل تسوية تتم سواء كانت ودية أو قضائية .

أما إذا أخذنا بما يقضى به نص وثيقة تأمين مركز Bordeaux - النص الخاص - لترتب على ذلك الأخذ بالقول الأول ، واعتبار كل واقعة عدوى تمثل كارثة مستقلة قائمة بذاتها ، وبالتالى إقرار مبدأ التعويض الكامل ، فيكون لكل مضرور أن يحصل - على حدة - على كل مبلغ التأمين .

وفى ضوء ذلك يثور التساؤل عن كيفية رفع هذا التعارض ، خاصة وأنه لا يمكن إهدار النص الخاص الوارد فى أى وثيقة تأمين ، لأن المادة الخامسة - ذاتها - قد أحالت فيما يتعلق بتحديد قيمة الضمان على النصوص الخاصة فى وثائق التأمين ، حيث نصت صراحة على أن " تتحدد قيمة الضمان عن الأضرار الجسدية والمادية وغير المادية وفقا للشروط الخاصة ... " .

وإعمالا لهذه الإحالة ، وبالرجوع إلى وثيقة تأمين مركز Bordeaux نجد أنها تحدد قيمة الضمان بـ ٢ مليون فرنك ونصف .

ونتيجة هذا التعارض ، فإن قيمة الضمان تختلف باختلاف النص المطبق ، فوفقا لنص المادة الخامسة يكون الحد الأقصى للضمان هو ٢ مليون فرنك ونصف للكارثة أيا كان عدد المضرورين ، فى حين أن هذه القيمة تكون لكل مضرور وفقا للنص الخاص الوارد فى وثيقة تأمين مركز Bordeaux .

ويمكن القول إن التعبير بلفظة " المضرور " فى وثيقة التأمين هو الذى سبب هذا التعارض ، حيث أدى إلى تفسيرات مختلفة يترتب عليها نتائج غاية فى الأهمية ، ليس فقط لطرفى العقد ، وإنما كذلك بالنسبة للمضرورين أو ذويهم الذين قد يفضلون البحث عن التعويض عن طريق الضمان العام بدلا من الرجوع على مؤمن له - المركز - لا يقدم لهم - عن طريق المؤمن - ضمانا كافيا . (١)

---

(1) J. Picard : Gaz. Pal., op. Cit., p. 40 .

هذا هو إذاً وضع المشكلة ، ونتناول فى الفرع التالى موقف القضاء الفرنسى منها ، وكيف عالج هذا التعارض القائم بين النصين سالفى الذكر .

الفرع الثانى
اتجاهات القضاء الفرنسى

٢٠٤- تمهيد :

انقسمت اتجاهات القضاء الفرنسى إزاء هذه المشكلة ، وهو انقسام بين طرفى نقيض لأن الأخذ بأى من النصين المتعارضين يؤدى إلى نتائج جد مختلفة عن الآخر ، هذه النتائج قد تصل إلى حد تقليص ، بل تقويض فعالية تأمين المسئولية كأحد آليات التعويض فى مجال نقل الدم .

ويمكن القول إن جوهر هذا التعارض هو استبعاد الأخذ بمبدأ التعويض الكامل ، وهو ما يؤدى إليه نص المادة الخامسة من اللائحة ، أو الأخذ بهذا المبدأ ، وهو ما يؤدى إليه نص وثيقة تأمين مركز Bordeaux كما فى الحالة التى نحن بصددها .

نحن إذا أمام اتجاهين فى تقدير قيمة الضمان ، فهذا الأخير إما أن يكون محدودا ، وإما أن يكون كاملا ، وهما الإتجاهان اللذان تفرق إليهما القضاء الفرنسى .

٢٠٥- الإتجاه الأول : اقرار تحديد قيمة الضمان :

أقرت محكمة استئناف Aix-en-Provence فى حكمها الصادر بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٩٣ تحديد الضمان وفقا للكارثة ، حيث اعتبرت المحكمة تلك الأخيرة أنها كل واقعة عدوى خلال السنة évenement contamination dans l'année ، فقضت بأن الحد الأقصى للضمان هو ٢ مليون فرنك ونصف - وفقا لما هو متفق عليه فى وثيقة التأمين - أيا كان عدد المضرورين ، وذلك أثناء سريان العقد . (١)

---

(1) Le Monde du 29 juill. 1993 .

وفى ذات الإتجاه كان حكم محكمة استئناف Bordeaux فى ٩ يونيو ١٩٩٤ ، حيث ذهبت إلى أن الحد الأقصى للضمان - وفقا للمنصوص عليه فى العقد موضوع النزاع - هو ٢ مليون فرنك ونصف أيا كان عدد المضرورين . (١)

وقد استندت المحكمة فى ذلك إلى أنه ليس هناك أى غموض فى تفسير مفهوم عبارة نص المادة الخامسة والتى تحدد الحد الأقصى للضمان للكارثة خلال سنة التأمين ، فكل من مفهوم " الكارثة " و " سنة التأمين غاية فى الوضوح على حد تعبير المحكمة .

فمن جهة ، عرفت الفقرة الثامنة من المادة الأولى من اللائحة ، الكارثة بأنها " كل النتائج الضارة الناشئة عن ذات الواقعة التى من شأنها أن تثير ضمان المؤمن (٢) "، يضاف إلى ذلك أن المادة الخامسة قضت صراحة بأن " قيمة الضمان تتناقص مع كل تسوية ، سواء كانت ودية أو قضائية إلى أن تنقضى نهائيا دون أن تتجدد تلقائيا بعد التسوية ". (٣)

ومن جهة أخرى ، فإن اقتصار الضمان على الوقائع الضارة التى تحدث أثناء سنة العقد ، لا يعدو أن يكون تأكيدا على مبدأ سنوية العقد ، والذى يقضى بسريان الضمان على المطالبات بالتعويض التى تجد أساسها فى وقائع حدثت فى الفترة الممتدة بين بدء نفاذ العقد إلى انقضاءه .

وفضلا عن هذا التفسير لمفهوم الكارثة ، فإن المحكمة أعلنت أن التعارض القائم بين لفظ " الكارثة " الوارد فى الشروط العامة للتأمين ، وبين لفظ " المضرور " الوارد فى عقد التأمين موضوع النزاع ، هو مجرد تعارض ظاهرى غير حقيقى ، حيث اعتبرت المحكمة أنه

---

(1) Arrêt non publié , v. A. Combet : op. cit. , p. 79 et s.

(2) " Toutes les conséquences dommageable d'un même événement susceptibles d'entaîner la garantie de l'assureur " .

(3) " Le montant par année se réruit et finalement s'épuise par tout règlement amiable ou judiciaire d'indemnités sans reconstruction automatique de la garantie aprés règlement ".

" فى خصوص هذا العقد يعتبر لفظ " المضرور " - المستخدم بين الأطراف - مرادفا للفظ الكارثة بالمعنى الوارد فى الفقرة الثامنة من المادة الأولى من الشروط العامة " .

وفى ضوء ما تقدم استنتجت المحكمة أن أطراف العقد موضوع النزاع قد اتفقوا فيما بينهم على أن الحد الأقصى للضمان عن الكارثة خلال مدة العقد هو ٢ مليون فرنك ونصف أيا كان عدد المضرورين .

والحقيقة أنه لايمكن القول أن المحكمة - بهذا التفسير - قد أهدرت الإحالة التى تضمنتها الشروط العامة - والتى مؤداها أن يكون تقدير الضمان تبعا لما هو منصوص عليه فى كل وثيقة تأمين - إذ أن هذه الإحالة لا يجوز أن تسلب القاضى حقه ، عند غموض النصوص أو تعارضها ، فى تفسير إرادة أطراف العقد .

وقد تأكد هذا الإتجاه من ذات المحكمة - استئناف Bordeaux - فى ٢٦ يناير ١٩٩٥ حيث أحالت فى التطبيق على الشروط العامة التى تقضى بأن قيمة الضمان تقل تباعا بمقدار ما يقضى به لكل مضرور [١] ، وهو ما يعنى عدم الأخذ بمبدأ الضمان الكامل .

<u>٢٠٦ - الإتجاه الثانى : رفض تحديد قيمة الضمان (تطبيق مبدأ الضمان الكامل)</u>

ويذهب هذا الإتجاه إلى [٢] ، إلى وجوب إعمال الإحالة الواردة بالمادة الخامسة من الشروط العامة ، وتطبيق الشروط الخاصة التى تقرر مبدأ الضمان الكامل لكل مضرور .

---

(1) Arrêt non publié , v. A. Combet : op. cit. , p. 81 .
(2) Cou. d'app. Bordeaux , 7 déc. 1993 (non publié) ibid. , p. 78 ; T.G.I. de Bordeaux , 27 juin 1994 (non pubié) ibid. , p. 80 ; cou. d'app. Montpellier , 27 juill. 1994 , Gaz. Pal. du 11-12 janv. 1995 , p. 40 .

ويستند هذا القضاء، وفقا لما قررته محكمة Bordeaux ٢٧ يونيو ١٩٩٤ ، إلى أن مفهوم الكارثة لا ينصرف إلى نشاط مركز نقل الدم بوجه عام بوصفه يمثل واقعة ضارة واحدة أيا كان عدد المضرورين ، وإنما يرتبط هذا المفهوم بكل واقعة عدوى أو تلوث على حدة بحسبها واقعة ضارة قائمة بذاتها ، مثلها فى ذلك مثل مفهوم الكارثة فى مجال التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات ، حيث تعد كل حادثة للسيارة كارثة منتجة لمسئولية المؤمن له . (١)

٢٠٧- الموازنة بين الإتجاهين السابقين :

يمكن القول إن الأولى بالقبول من هذين الإتجاهين هو الإتجاه الأول الذى يقرر تحديد قيمة الضمان ، فمن ناحية ، تؤيده النصوص الواردة بالشروط العامة ، ومن ناحية أخرى ، أزال التعارض بين لفظ " الكارثة " الوارد فى تلك الشروط - المادة الخامسة من اللائحة - وبين لفظ " المضرور " الوارد فى بعض عقود التأمين عن طريق حمل الأخير على المعنى الوارد به الأول فى الفقرة الثامنة من المادة الأولى من الشروط العامة .

وإذا كان هذا القضاء يراعى جانب المؤمن من الناحية الإقتصادية ، إلا أنه يضع المؤمن له - المركز - فى مأزق إثر ما يترتب عليه من نتائج مالية ، وهذه النتائج هى محل البحث فى الفرع التالى .

---

(1) A. Combet : op. cit. , p. 80 .

الفرع الثالث

الآثار المالية المترتبة
على تحديد قيمة الضمان

٢٠٨- تمهيـــد :

لا تقتصر آثار ذلك القضاء على المؤمن له - المركز - فحسب ، وإنما تمتد إلى كل من المضرور والمؤمن كذلك .

٢٠٩- أولا : بالنسبة للمؤمن له (مركز نقل الدم) :

يحدث تطبيق القضاء السابق ثغرة فى الضمان الذى يتمتع به المركز ، تلك الثغرة تفرضها المعطيات الطبية المتعلقة بالأمراض الناجمة عن نقل الدم ، وبوجه خاص فى حالة الإصابة بالتهاب الكبد الوبائى أو الإيدز .

فاكتشاف المرض فى حالة التهاب الكبد الوبائى - مثلا - لا يتم إلا بعد تفاقم حالة المريض ، وهو ما يستغرق عدة سنوات ، قد تصل إلى عشرين سنة فى حالة تليف الكبد [(١)]، ولذلك فإن كثيرا من دعاوى التعويض الناشئة عن تلوث الدم لا ترفع إلا بعد إنقضاء مدة سريان العقد ، بل وبعد إنقضاء مدة الضمان اللاحق . [(٢)]

ولذلك ، فإن تحديد الحد الأقصى لقيمة الضمان لتغطية الأضرار الناشئة عن عن تلوث الدم خلال مدة العقد ، يترتب عليه أن يقوم المركز بدور المؤمن فيما يتجاوز تلك القيمة أو هذه المدة ، ومما لا شك فيه أن المركز ليس بوسعه أن يقوم بهذا الدور فى ظل

---

(1) M. Micoud : " Rapport sur de l'hépatite C en France " non publié , v. L. Faivre : " l'hépatite C post-transfusionnelle et la responsabilité civile " D. 1993 , chr. , p. 293 .
(2) A. Combet : op. cit. , p. 81 .

ضخامة مبالغ التعويض التى يقضى بها ، وفى ظل كثرة المضرورين من تلوث الدم ، الأمر الذى يثير التساؤل عمن سيقوم بتعويض هؤلاء المضرورين ؟ وبعبارة أخرى ، عمن سيقوم بسد تلك الثغرة فى الضمان ؟ .

ويبدو أن الإجابة عن هذا التساؤل لابد وأن تتجه إلى ضرورة قيام الدولة بهذا الدور ، فتتولى تعويض هؤلاء عند قصور الضمان الناشئ عن عقد التأمين فى ذلك .

٢١٠- ثانيا : بالنسبة للمضرور :

يمكن القول إن الأجدى للمضرور - الذى يتعذر عليه فى ظل تحديد قيمة الضمان أن يحصل على أى تعويض أو على التعويض المناسب - أن يلجأ إلى الضمان العام الذى تلتزم الدولة به ، خاصة أن هذا الضمان لا يتطلب منه اثبات خطأ المركز ، لأنه يقوم على أساس المسئولية الموضوعية .

وهو ما نجده ، مثلا ، فى تشريع ٣١ ديسمبر ١٩٩١ - الصادر بإنشاء صندوق تعويض مرض الإيدز - حيث لم يتطلب من المضرور سوى أن يثبت إصابته بمرض الإيدز ، وأن يثبت واقعة نقل الدم ، وهو ما يعنى أنه لايلتزم بإثبات علاقة السببية بين تلك الواقعة ، وبين إصابته بالمرض على أساس قيام قرينة قانونية على ذلك ، وهى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس .[١]

كما أن هذا الطريق يقدم حماية للأشخاص الذين يصابون نتيجة تلوث الدم بفيروس غير معروف ، وبالتالى لا يدخل فى ضمان المؤمن الذى يرفض ضمان مثل هذه الأضرار .[٢]

---

(1) Claude Delpoux : " Contamination par transfusion sanguine : jurisprudence , loi et assurance " R.G.A.T. 1992 , no. 1 , p. 31 .
(2) Ibid. , p. 31 .

٢١١- ثالثا : بالنسبة للمؤمن :

يترتب على القول بأن الحد الأقصى لقيمة الضمان يكون لتغطية جميع النتائج الضارة أيا كان عدد المضرورين ، أن المؤمن يستطيع أن يتمسك بتطبيق المبدأ التعويضى سواء فى مواجهة المؤمن له - المركز - ، أو المضرور . (١)

وهذه النتيجة طبقتها محكمة Aix-en-Provence فى ١٢ يوليو ١٩٩٣ ، وتتلخص وقائع الدعوى فى أن أحد الأشخاص وزوجته (٥٠ سنة) أصيبا بمرض نتيجة نقل دم ملوث فى عام ١٩٨٤ ، فقضت محكمة أول درجة بتعويض لكل منهما ٢ مليون فرنك . (٢)

طعن المؤمن فى الحكم على أساس أن هذه القيمة تمثل الحد الأقصى للضمان كما هو متفق عليه فى عقد التأمين مع المركز، وأن هذه القيمة ليست لضمان الضرر الذى يصيب كل مضرور على حدة ، وإنما لضمان الكارثة الناجمة عن التلوث أيا كان عدد المضرورين ، فقضت محكمة الإستئناف بإنقاص مبلغ التعويض المحكوم به فى أول درجة . (٣)

---

(1) A. Combet : op. cit. , p. 83 .

(2) Le Monde 29 juill. 1993 .

(٣) ويلاحظ على هذا الحكم أنه فضلا عن تطبيقه لمبدأ تحديد قيمة الضمان ، أنه قد أنزل مقدار التعويض إلى المعدل المعتاد المقرر للمضرور فى مثل سن الشخصين المحكوم لهما فى تلك الدعوى ، إذ من الثابت أن تقرير التعويض يتم وفقا لمعدل يتناقص كلما تقدم عمر المضرور ، والتعويض الذى قضت به محكمة أول درجة ٢ مليون فرنك يزيد كثيرا عن التعويض المناسب لسن هذين الزوجين ، وهو (٩٨٨ ألف فرنك) ، وهو المبلغ الذى قضت به محكمة الإستئناف لكل واحد منهما .

الفصل الثانى

التامين الإجباري من المسئولية
فى مجال التجارب الطبية

٢١٢- تمهيد وتقسيم :

أصدر المشرع الفرنسى القانون رقم ٨٨ / ١١٣٨ فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ ، لتنظيم إجراء التجارب الطبية ، وقد كان إصدار هذا القانون إدراكاً من المشرع الفرنسي بأن القواعد التقليدية للمسئولية المدنية فى المجال الطبى - والتى تقوم على الخطأ - لا يمكن الأخذ بها فى مجال التجارب الطبية ، فثمة أضرار جسيمة يمكن أن تترتب على إجراء هذه التجارب ، وهو ما يلزم معه تجاوز تلك القواعد نحو الأخذ بالمسئولية الموضوعية .

وقد فرض المشرع الفرنسي على الطبيب متعهد التجربة أن يبرم عقد تأمين من المسئولية ، وذلك بمقتضى القانون الصادر فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ . هذا التأمين لا يغطي مسئولية الطبيب متعهد التجربة فحسب ، وإنما كذلك مسئولية غيره من المساهمين فى إجراء التجربة .

وقد حدد القانون نطاق الضمان الناشئ عن هذا التأمين ، كما نص على الحالات التى يستبعد فيها تطبيق هذا الضمان .

وعلى ذلك ، فإننا سنتناول هذا الفصل من خلال أربعة مباحث ، نعرض فى أولها لتنظيم إجراء التجارب الطبية فى فرنسا ، ونخصص ثانيها لتحديد نطاق المسئولية محل الضمان ، ونعالج فى ثالثها نطاق الضمان ، ونتناول فى رابعها الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن .

المبحث الأول
تنظيم إجراء التجارب الطبية فى فرنسا

٢١٣- تمهيد :

يمكن التمييز بين مرحلتين مرت بهما السياسة التشريعية فى فرنسا تجاه التجارب الطبية ، وقد كان القانون رقم ١١٣٨ / ٨٨ الصادر فى ١٩٨٨ ، والمتعلق بحماية الأشخاص الذين يخضعون لإجراء التجارب الطبية عليهم ، هو الفاصل بين هاتين المرحلتين .

٢١٤- المرحلة الأولى : التجارب الطبية قبل قانون ١٩٨٨ (فراغ تشريعى ونصوص متناثرة) :

قد يبدو أن هناك تناقضاً بين القول بوجود فراغ تشريعى ونصوص متناثرة فى ذات الوقت ، حيث أن وجود الأول لا يستقيم معه وجود الثانى ، أو بعبارة أخرى ، أن وجود أحدهما يلزم معه عدم وجود الآخر ، ولذلك نبادر إلى القول بأن المقصود بالفراغ التشريعى هو نقص التنظيم التشريعى الذى يضع الشروط والضوابط - الموضوعية منها والشخصية - التى يمكن أن تتم فى ضوئها تلك التجارب ، وعدم تحديد طبيعة المسئولية التى يمكن تترتب على إجرائها ، وكذلك الجزاء الذى يترتب على مخالفة تلك الشروط والضوابط ، وهذه كلها مظاهر للقصور أو للفراغ التشريعى .

ولذلك فإن هذا " الفراغ التنظيمى " ، لم يمنع من وجود بعض النصوص المتناثرة التى يجمعها التصور المحدود للتجارب الجائز إجراؤها ، وهى تلك التى تتم لتحقيق " غاية علاجية "، دون الخوض فى تنظيم إجراء تلك التجارب .

فنجد أن هذه التجارب غير مشروعة ما لم تكن ذات غاية علاجية ، وذلك لأنها تعتبر مخالفة للنظام العام والآداب العامة وفقاً للقواعد العامة المقررة فى نص المادة ٦ من القانون المدنى ، والتى تحظر أى اتفاق يخالف النظام العام والآداب العامة .

ومن ناحية ثانية ، تضع المادة ٦٠١ من قانون الصحة العامة التزاماً على عاتق منتج العقاقير الطبية بتجربة واختبار تلك العقاقير قبل تسويقها للوقوف على مدى صلاحيتها للاستعمال .

ومن ناحية ثالثة وأخيرة ، تقرر المادة ١٩ ، من قانون آداب الطب مشروعية التجارب التى تتم فحسب لأغراض علاجية .

تلك إذاً النصوص التشريعية التى تعرضت لتقرير حكم إجراء التجارب الطبية ، ولا شك فى أنها -جميعاً - لم تضع تنظيماً لهذه التجارب ، وهو ما لم يكن مقبولاً نظراً لما ينطوى عليه ذلك من قصور فى حماية الأشخاص الذين يخضعون لتلك التجارب .

٢١٥- المرحلة الثانية : التجارب الطبية فى ظل قانون ١٩٨٨ :

صدر القانون رقم ١١٣٨ / ٨٨ فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ وهو القانون المعروف باسم قانون Huriet-Sérusclat ، ليضع إطاراً قانونياً حول الضوابط الآتية :

(١) جدوى البحث أو التجربة .

(٢) مدى توافر الأصول العلمية اللازمة لإجراء التجربة .

(٣) مدى توافر أسباب السلامة فى المكان الذى تجرى فيه التجربة .

وقد حددت تلك الضوابط المادة ٢٠٩ / ٢ من هذا القانون ، حيث تقضى بأنه " لا يجوز إجراء أية تجربة على الكائن البشرى .

أ- إذا لم تكن قائمة على آخر المعطيات العلمية .

ب- إذا كان الخطر المتوقع حدوثه للشخص الخاضع للتجربة لا يتناسب مع الفائدة المرجوة له من إجراء هذه التجربة .

ج- إذا لم يكن من شأنها أن تؤدى إلى تحديث المعطيات العلمية المطبقة على الكائن البشرى " .

٢١٦- المقصود بالتجربة الطبية فى قانون ١٩٨٨

وفقا لنص المادة ٢٠٩ /١ من القانون ، يدخل فى مفهوم التجربة الطبية " كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشرى فى ضوء تطور المعطيات البيولوجية أو الطبية " .

وفى ضوء هذا التعريف يمكن القول بضرورة توافر العناصر الثلاثة الآتية : (١)

(١) كل بحث أو اختبار: يمكن القول أن النص لم ينحصر فى نطاق اختبار العقاقير الطبية ، بل إنه يشمل الأبحاث سواء كانت تطبيقية أو بيولوجية وهى المتعلقة بدراسة الهندسة الوراثية و دراسة الأمراض سواء كانت وراثية أو مكتسبة أو جراحية . وبالمقابل ، يستبعد ضمنا من نطاق تطبيق النص تلك التجارب المتعلقة بدراسة الأوبئة .

(٢) يقع على الكائن البشرى : ومؤدى هذا العنصر عدم انطباق النص على الإنسان المتوفى ، واستثناءً على هذا المبدأ ، نظم القانون رقم ٦٣٠ / ٩٤ الصادر فى ٢٩ يوليو ١٩٩٤ إجراء التجارب على الإنسان فى حالة " الموت المخى " وذلك حين تتوقف الحياة فى المخ بينما يستمر قلب الإنسان فى أداء وظائفه ، وقد أدرج هذا القانون تلك الحالة ضمن " التجارب العلمية " .

وحسب هذا الأصل ، وهو إجراء التجربة على الكائن البشرى ، فإن الجنين لا ينطبق عليه هذا الوصف ، وبالتالى فإنه لا يجوز إخضاعه لهذه التجارب وفقاًلقانون ١٩٨٨ ، وإن كان من الجائز اجراؤها ، استثناءً ، وفقاً لنص المادة ١٥٢ /٨ من قانون ٢٩ يوليو ١٩٩٤ .

(٣) فى ضوء تطور المعطيات البيولوجية والطبية : يندرج فى مفهوم التجربة الطبية كل بحث من شأنه أن يحقق تقدما أو يوصل إلى ابتكار ، فيما يتعلق بوظائف أعضاء الإنسان ، سواء فى حال الصحة أو فى حال المرض ، ويكون قابلاً لأن يطبق عليه .

---

(1) Claude Beaudoire : " La responsabilité civil et l'assurance en matiére 'experimentation médicale"1992,p.8;Emmanuelle POURRAT:" l'experimentation médicale sur le corps de la personne vivante ", 1995, p.16 .

المبحث الثانى

نطاق المسئولية محل التامين

٢١٧- تقسيم :

نعالج هذا المبحث فى مطلبين ، الأول نتناول فيه تحديد الأشخاص الذين يغطى التأمين مسئوليتهم ، والثانى نعرض فيه لتحديد أساس هذه المسئولية ، وذلك من خلال بيان طبيعة التزام الطبيب متعهد التجربة

المطلب الأول
الأشخاص الذين يغطى التامين مسئوليتهم

٢١٨- تمهيد :

كما نوهنا فى التمهيد لهذا الفصل أن عقد التأمين من المسئولية الذى يبرمه الطبيب القائم بالتجربة لا يغطى مسئوليته وحده فحسب ، فهو وإن كان المؤمن له الأساسى ، إلا أن العقد يغطي كذلك مسئولية المساهمين معه فى اجراء التجربة .

فالقائم بالتجربة لا يقوم بذلك وحده ، فقد يشاركه فى ذلك أشخاص آخرون ، كما أن القانون قد اشترط عليه أن يقوم بها تحت اشراف طبيب آخر تتوافر لديه الخبرة والكفاءة المناسبة للإشراف على اجراء التجربة .

وعلى ذلك يمكن القول إن هناك ثلاث أشخاص يغطى عقد التأمين مسئوليتهم ، وهم القائم بالتجربة ، وهو طالب التأمين ، والمتدخلون أو المشاركون فى إجراء التجربة ، والطبيب المراقب لإجرائها .

ونتولى فى ما يلى التعريف بكل من هؤلاء ، وتحديد التزاماته :

٢١٩- أولاً : طالب التأمين le souscripteur (الشـــخص القــائم بالتجربــة) le promoteur :

فرض القانون على الشخص القائم بالتجربة أن يبرم عقد تأمين من المسئولية ، وذلك بمقتضى نص المادة ٢٠٩ / ٧ فقرة٣ والتى جاء فيها أنه " يجب لإجراء أى تجربة طبية أن يبرم القائم بها عقد تأمين من المسئولية المدنية التى يمكن أن تنتج عن هذا العمل ، وتعتبر أحكام هذه المادة من النظام العام " .

وإبرام هذا العقد - كما جاء فى آخر هذه الفقرة - من النظام العام ، وهو ما يعنى أنه يقع باطلاً كل اتفاق من شأنه أن يعفى الشخص القائم بالتجربة من هذا الإلتزام [١] ، فهذا الأخير هو الملتزم - بنص القانون - بإبرام عقد التأمين ، ولذلك يتعين تعريفه وتحديد الصورة التى يمكن أن يتخذها .

ووفقاً لنص المادة٢٠٩ / ١ فى فقرتها الثالثة " يعد متعهداً بإجراء التجربة كل شخص طبيعى أو معنوى يأخذ المبادرة بإجراء هذه التجربة على الكائن البشرى " .

وفى ضوء هذا النص فإن القائم بالتجربة يمكن أن يكون طبيباً انصرف إلى مجال البحث [٢] ، كما يمكن - وهو الغالب - أن يكون شخصاً معنوياً سواء تركز نشاطه فى مجال تصنيع العقاقير الطبية ، أو أخذ صورة مركز أبحاث طبية . [٣]

وأياً كانت صورة الشخص القائم بالتجربة ، فإنه يتحمل النتائج الضارة المترتبة على هذه التجربة ، أو التى لم تكن لتقع لولا قيامه بهذا النشاط . [٤]

---

(1) Dominique Villani : " La protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales " thèse,Lyon,1992,p. 341 .
(2) Claude : op. cit. p.13 .
(3) Assistance publique - hôpitaux de paris : " Guide pratique - loi du 20 décembre 1988 modifiée sur la protection des personnes qui se prêtent aux recherches biomédicales " 1995,p.23 .
(4) Claude : op. cit. p.13 .

والأصل أن يتولى اجراء التجربة شخص واحد ، ولكن يمكن كذلك أن يتعدد القائمون بهذا العمل ، وفى هذه الحالة يتم تعيين أحدهم ليكون هو المتعهد الأساسى بإجراء التجربة (المادة ٢٠٩ / ١ فقرة ٤ وحينئذ يقع على هذا الأخير عبء الإلتزام بإبرام عقد تأمين المسئولية فيكون هو طالب التأمين) المؤمن له الأصلى الذى يضمن كافة النتائج الضارة المترتبة على اجراء التجربة ، على أنه يلاحظ أن تعيين أحد القائمين بالتجربة - فى حالة تعددهم - على هذا النحو ليس أمرا لازماً ، إذ يمكن أن يقع العبء على أكثر من شخص .(١)

وتقع على عاتق الشخص القائم بالتجربة عدة التزامات تتعلق فى مجموعها بالضوابط والإجراءات التى يتعين مراعاتها عند القيام بالتجربة وأثنائها(٢) ، ويترتب على عدم مراعاة تلك الإلتزامات استبعاد تطبيق الضمان الناشئ عن عقد التأمين ، وهو ما سنبينه فيما بعد .(٣)

ويلاحظ أن اجراء التجربة لا يمكن أن يتم قبل أن يعلن الطبيب الذى سيباشرها عن ذلك ، إذ يجب عليه أن يعلن رغبته فى ذلك بصورة قاطعة ، وذلك من خلال تقديم ما يسمى " بخطاب النوايا " إلى الجهة الإدارية المختصة .(٤)

---

(1) Dominique : op. cit. p.98 .

(٢) وتتمثل هذه الإلتزامات فى :

أ ــ الإلتزامات السابقة على إجراء التجربة :

١ــ إبرام عقد تأمين من المسئولية .

٢ ــ تحديد أشخاص المساهمين فى إجراء التجربة وعرض مشروع التجربة عليهم .

٣ ــ سداد الرسوم المقررة إلى وزارة الصحة لقاء أخذ رأى اللجنة الإستشارية لحماية الأشخاص .

٤ ــ توجيه خطاب " النوايا " إلى الجهة الإدارية المختصة مشفوعاً برأى اللجنة الإستشارية .

ب ــ إلتزاماته أثناء التجربة :

١ــ إخطار الجهة الإدارية المختصة بكل مايستجد من نتائج أثناء البحث .

٢ ــ إخطار الجهة الإدارية المختصة فى حالة إجراء أى تعديل جوهرى متعلق بالبحث .

(٣) انظر فيما يلى رقم ٢٣٠ وما بعدها .

(4) Guide pratique : op. cit. p.23 .

وهذا الإجراء يتعين على الشخص القائم بالتجربة التقيد به ، وذلك سواء أخذ اجراء التجربة على عاتقه من تلقاء نفسه ، أو من خلال المستشفى أو الجهة التى يتبعها أياً كانت ، وقد نص على ذلك منشور ٢٤ أكتوبر ١٩٩٠ - والمتعلق بتحديد دور مؤسسات العلاج فى حماية الأشخاص الخاضعين لإجراء التجارب الطبية - حيث ورد فى البند الخامس منه أنه " لا يجوز للقائم بالتجربة أن يبدأ فى إجراءات تنفيذ التجربة بصورة ضمنية ، وإنما يجب أن يتم ذلك من خلال تصرف إيجابى " .

٢٢٠ - ثانياً : المتدخل فى اجراء التجربة l'intervenant

وهو كل شخص يساهم مع طالب التأمين القائم بالتجربة فى اجراء التجربة ويعتبر مؤمناً له أيضاً من المسئولية المدنية الناتجة عن هذا النشاط (١) ، ويرجع ذلك إلى أن المشرع الفرنسى لم يعتبره تابعاً للقائم بالتجربة ، وإنما اعتبره مسئولاً مسئولية شخصية عن أخطائه . ويترتب على القول باعتباره مؤمناً له ، أن المضرور يستطيع الرجوع عليه على أساس قيام مسئوليته المدنية فى حالة وقوع خطأ شخصى منه. (٢)

وفى هذه الحالة الأخيرة يلتزم المؤمن بتغطية مسئولية المتدخل وتعويض المضرور، ولا يجوز له أن يرجع - بما أداه من تعويض - سواء على القائم بالتجربة أو المتدخل معه فى اجرائها ، ويرجع ذلك إلى أن كلاً منهم (مؤمن له) لديه ، ويلتزم بناءً على ذلك بتغطية الأضرار المترتبة على اجراء التجربة . (٣)

وعدم جواز رجوع المؤمن على المؤمن له القائم بالتجربة أو المتدخل معه فى اجرائها تطبيق للقواعد العامة التى توجب عليه تنفيذ الضمان الناشئ عن عقد

---

(1) Hubert Groutel : " L'assurance obligatoire du promoteur de recherches biomédicales " R.C.A. , juill. 1991,p.2 .
(2) Ibid.,p.1 .
(3) Ibid.,p.3 .

تأمين المسئولية ، وذلك مالم يكن التزامه بالضمان قد سقط ، وهو ما يتحقق عند تعمد المؤمن له احداث الضرر بالشخص الخاضع للتجربة ، أو اخلاله بأى من الإلتزامات المفروضة عليه بمقتضى القانون أو العقد ، ويكون من شأنه استبعاد الضمان .(١)

واضفاء صفة المؤمن له على المتدخل فى اجراء التجربة ، يستلزم عدم كونه من تابعى طالب التأمين - القائم بالتجربة - الذين يسأل مدنياً عن الأخطاء التى تقع من أى منهم تطبيقاً لنص المادة ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى . ولذلك فإن عقد التأمين من المسئولية ، لا يغطى ، من جهة ، مسئولية القائم بالتجربة بوصفه متبوعاً أو مكلفاً بالرقابة، ومن جهة أخرى ، وترتيباً على ذلك يغطى المسئولية الشخصية للمتدخل فى اجراء التجربة عند وقوع خطأ شخصى من جانبه .(٢)

ولذلك فإنه يمكن القول أن عقد التأمين الذى يبرمه القائم بالتجربة لتغطية مسئوليته ومسئولية المتدخل معه فيها بمثابة اشتراط لمصلحة هذا الأخير وهو ما يتفق مع كونه مؤمناً له ، مستقلاً بمسئوليته الشخصية عن مسئولية الأول .

فهذا التأمين يختلف إذاً عن تلك الحالة التى يغطى فيها التأمين مسئولية المؤمن له عن خطأ الغير الذين يكون مسئولاً مدنياً عن أخطائهم ، إذ نكون ، هنا ، بصدد مؤمن له واحد ، وهو المتبوع ، وبالتالى تكون مسئولية هذا الأخير - وحده - دون تابعيه هى المغطاة بعقد التأمين ، أما فى الحالة التى نحن بصددها فسنكون بصدد تعدد فى المؤمن لهم ، وبالتالى يكون محلاً للتأمين مسئولية القائم بالتجربة (طالب التأمين) ومسئولية المتدخلين على السواء .

---

(١) قرب إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٣٢٠ .

(٢) قرب إبراهيم الدسوقى : المرجع السابق ، ص ٣٢١ .

يبدو أن المشرع قد وضع نظاماً مزدوجاً للمسئولية ، ففى حين أنه أخضع القائم بالتجربة لقواعد المسئولية الموضوعية la responsabilité objective [1] ، فقد أقام مسئولية المتدخلين معه على أساس المسئولية الشخصية la responsabilité personnelle

والحقيقة أن هذه الإزدواجية تثير التساؤل عن المنطق القانونى الذى يحملها ، فإذا كان المشرع قد آثر أن يجنب المضرور عبء اثبات خطأ القائم بالتجربة لتعذر ذلك عليه فأعفاه تماماً من هذا الإثبات ، فى حالة اجراء التجربة العلمية ، حين أخذ بالمسئولية بدون خطأ، ونقل عنه عبء الإ ثبات إلى القائم بالتجربة ، فى حالة اجراء التجربة العلاجية - حين أقام المسئولية على الخطأ المفترض - فقد كان جديراً به ، ولذات العلة ، أن يكفى المضرور، فيما يتعلق بمسؤلية المتدخل ، عبء اثبات الخطأ الشخصى لهذا الأخير.

٢٢١ - ثالثاً : الطبيب المراقب لإجراء التجربة L'investigateur

تنص المادة ٢٠٩ / ٣ (البند الأول) من قانون ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ على أنه لايجوز إجراء التجربة إلا تحت إشراف طبيب ذو كفاءة وخبرة تؤهلانه لذلك ، ويعرف هذا الطبيب باسم الطبيب " المراقب " ، ويتولى هذا الطبيب الإدارة والإشراف على إجراء التجربة والتحقق من أنها تتم وفقا للأصول العلمية .[2]

---

(1) H. Goroutel : op. cit., p. 3 .

(٢) وفى سبيل أداءه لهذا الدور ، فإنه تقع عليه جملة إلتزامات أهمها :

أولاً : الإلتزامات السابقة على إجراء التجربة :

أ ـــ تقديم مشروع التجربة إلى اللجنة الإستشارية المختصة ، وهذا المشروع يجب أن يتناول العديد من المحاور فمن جهة أولى هناك بيانات تتعلق بطبيعة التجربة، وهى تحديد شخص القائم بها والهدف من إجراءها ، وطريقة إجرائها ، ومكانها ، وتحديد الأشخاص المساهمين فى ذلك ،ومن جهة ثانية هناك بيانات تتعلق بضمان سلامة وحماية الشخص الخاضع للتجربة ، وهى المعلومات التى ينبغى عليه إحاطة هذا الأخير بها كالهدف من إجرائها ومدتها والنتائج المتوقعة لها سواء كانت ايجابية أو سلبية ، وكذلك إخطاره بحقه فى العدول عن رضائه . كما يلتزم بتقديم نسخة من عقد تأمين المسئولية الذى أبرمه الشخص القائم بالتجربة .

ب ـــ الإشراف على التفاوض بين الشخص القائم بالتجربة وبين المؤسسة التى تتم فيها التجربة .

ثانياً : إلتزامات أثناء إجراء التجربة :

أ ـــ التحقق من توافر رضاء الشخص الخاضع للتجربة .

ب ـــ الإلتزام بالسر الطبى وعدم إفشاء ما يتعلق بالتجربة .

وهو لايكون إلا شخصاً طبيعياً ، ويلزم أن يكون حاصلاً على درجة الدكتوراه فى الطب [١] . والأصل أن يشرف على إجراء التجربة طبيب واحد، فإذا تعدد الأطباء المراقبون حدد القائم بالتجربة أحدهم ليكون منسقاً Coordonnateur بحيث يلتزم وحده بتقديم مشروع التجربة إلى اللجنة الإستشارية (م ٢٠٩ /١٢ البند الأول) ويثور التساؤل عما إذا كان عقد التأمين من المسئولية الذى يبرمه القائم بالتجربة يغطى مسئولية الطبيب المراقب أم لا ؟

ومبعث هذا التساؤل هو الغموض الذى يكتنف نص المادة ٢٠٩ / ٧ من قانون ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ ، فهذا النص لم يتحدث صراحة عن أن العقد يغطى مسئولية الطبيب " المراقب " ، وكل ما قرره هو أنه ألزم القائم بالتجربة بتعويض كل شخص يخضع لإجراء التجربة عن النتائج الضارة التى تصيبه من جراء ذلك ، كما أنه فرض عليه إبرام تأمين إجبارى من مسئوليته ، وقد عبر النص عن هذا الإلتزام الأخير بقوله " يجب على القائم بالتجربة أن يبرم تأميناً تغطية لمسئوليته " [٢]

= جـ ــ أخذ رأى اللجنة الإستشارية فى حالة حدوث أى تعديل على التجربة يطرأ أثناء إجرائها .

د ــ توجيه الشخص القائم بالتجربة إلى أية مخالفة تقع منه أثناء إجراء التجربة ، وهو يعد أهم إلتزاماته فى هذه المرحلة .

ثالثاً : الإلتزامات اللاحقة على إجراء التجربة :

أ ــ مراقبة نتائج التجربة خلال العشر سنوات التالية على إجرائها .

ب ــ تقديم تقرير نهائى إلى اللجنة الإستشارية عن التجربة يقر فيه بمسئوليته عن نتائجها وأنها تمت بالمطابقة للأصول الفنية والعلمية للبحث.

Guide pratique : op. cit., p. 24 et s. ; Domonique : op. cit., p. 101 .

وجدير بالذكر أن هذا الدور الذى يقوم به الطبيب المراقب يمكن أن يتم من خلال إحدى صورتين ، الأولى أن يكون طبيباً حراً ، ويدعى بصفة شخصية من جانب الشخص القائم بالتجربة ، والثانية أن يكون تابعاً لمؤسسة طبية وهنا يجب عليه إخطار رئيسه بذلك ، وقد يباشر هو نفسه إجراء التجربة لحساب تلك المؤسسة ويصبح هو القائم بالتجربة التى تتم تحت مسئوليته الشخصية ، وفى هذه الحالة الأخيرة تقع عليه ذات إلتزامات القائم بالتجربة ، وأهمها إبرام عقد التأمين من المسئولية .

Domonique : op. cit., p. 101 .

(1) Domonique : op. cit., p. 99 ; Guide pratique : op. cit., p. 25 ; POURRAT : op. cit., p. 17 .

(2) Art. 209-7 : " Le promoteur doit souscrire une assurance couvrant sa responsabilité ".

وعبارة النص على هذا النحو تفيد فحسب أن عقد التأمين يغطى مسئولية القائم بالتجربة وحده ، وعلى الرغم من ذلك فإن التزامه بتعويض المضرور يقتضى أن يغطى عقد التأمين الذى يبرمه مسئولية كل من يساهم فى إجراء التجربة ، سيما مسئولية الطبيب المراقب (١) ، الذى يشرف عليها ويديرها . (٢)

وإذا كان عقد التأمين من المسئولية الذى يبرمه القائم بالتجربة يغطى مسئولية الطبيب المراقب ، إلا أنه لايغطيها فى جميع الحالات ، فثمة حالات يمكن الرجوع فيها على هذا الأخير وهى . (٣)

---

(١) وتقوم هذه المسئولية فى العديد من الحالات التى يمكن أن نقسمها إلى مجموعتين :

الأولى : الأخطاء التى تقع بالمخالفة لقانون ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ ومن ذلك :

أ ـ المخالفة المنصوص عليها فى المادة ٢٠٩ / ١٩ من هذا القانون ، وهى المتعلقة بإجراء التجربة دون تلقى الرضاء من الشخص الخاضع لها ، أو الإستمرار فيها بعد عدول هذا الشخص عن رضائه .

ب ـ المخالفة المنصوص عليها فى المادة ٢٠٩/١٩/١ من القانون والخاصة بعدم مراعاة الأحكام المتعلقة بفئات ثلاث من الأشخاص الذين يخضعون لإجراء التجربة ، نظراً لأن المشرع قد كفل لها حماية خاصة ، هذه الفئات هى :

[١] إجراء التجربة على امرأة حامل أو واضعة دون مراعاة الضمانات المنصوص عليها فى المادة ٢٠٩ / ٤ من ضرورة عدم وجود أية مخاطر متوقعة سواء بالنسبة للمرأة أو لوليدها .

[٢] إجراء التجربة على شخص ذى حالة حرجة الذى لاتسمح حالته بإصدار الرضاء قبل إجراء التجربة دون أن تكون هناك مصلحة مباشرة وهامة فى ذلك ، حيث يجب فى مثل هذه الحالة تلقى الرضاء من ذويه فى حالة حضورهم .

[٣] إجراء التجربة على شخص قاصر دون مصلحة شخصية مباشرة .

جـ ـ إجراء التجربة دون الحصول على رأى اللجنة الإستشارية المختصة .

د ـ إجراء التجربة فى غير الأماكن المرخص لها بذلك .

هـ ـ إجراء التجربة رغم اعتراض وزير الصحة على إجرائها .

الثانية : الأخطاء التى تقع بالمخالفة لأحكام قانون العقوبات : وهى المتعلقة بالإحداث غير العمدى للإصابات والجروح .

(2) J. M. Job : " La responsabilité civile et pénale des investigteurs " colloque 13-14 déc. 1996 dont le titre " Le médecin et la recherche biomédicale", 1997, p. 76 .

(3) Alain Boulard : " L'assurance des recherches biomédicales présentation de l'accord-cadre d'assurance des recherches biomédicales " colloque préc., p. 78 .

١-إذا تجاوزت قيمة التعويض المحكوم بها قيمة الضمان المنصوص عليه فى القانون [١] ، حيث يجوز الرجوع عليه فى هذه الحالة بالقدر الزائد عن حد التعويض القانونى .

٢- يجوز للقائم بالتجربة الرجوع على الطبيب المراقب بالقدر غير المغطى بعقد التأمين بمقتضى شرط عدم تغطية الكوارث ، وهو - كما مر بنا [٢] - الشرط الذى يقضى بعدم تحمل المؤمن تغطية مبلغ التعويض الذى يقل عن مقدار معين ، فيجوز فى مثل هذه الحالة الرجوع على الطبيب المراقب بهذا القدر من التعويض الذى دفعه القائم بالتجربة .

٣- حالة انقضاء مدة الضمان الناشئ عن عقد التأمين والتى تمتد خلال مدة العقد إلى العشر سنوات التالية لانتهاء التجربة [٣] ، فى الوقت الذى تظل فيه مسئولية الطبيب المراقب قائمة حيث أنها لاتبدأ إلا من تاريخ ظهور الضرر أو تفاقمه [٤] ، وهو - أى ظهور الضرر - قد مالا يحدث إلا بعد مدة طويلة يكون الضمان الناشئ عن التأمين قد انقضى ، ففى هذه الحالة يمكن الرجوع فيها على الطبيب المراقب .

٤ - فى حالة صدور تدليس من جانب الطبيب المراقب يترتب عليه إجراء التجربة .

يضاف إلى ماتقدم أن المضرور يستطيع الرجوع مباشرة على الطبيب المراقب إذا أثبت توافر الخطأ فى جانبه .

وإزاء عدم كفاية عقد التأمين من المسئولية الذى يبرمه القائم بالتجربة لتغطية مسئولية الطبيب المراقب فى الحالات المتقدمة ، فإنه يتعين القول بضرورة أن يبرم هذا الأخير ، بصفة شخصية ، عقد تأمين من مسئوليته لمواجهة مثل هذه الحال . [٥]

---

(١) حدد مرسوم ١٤ مايو ١٩٩١ حدود قيمة الضمان بخمسة ملايين فرنك للمضرور ، وثلاثين مليونا عن اتفاق البحث .

(٢) انظر سابقاً رقم ١٢٩ ، ص ٢٦٠ وما بعدها .

(٣) راجع ص ٤٣٢ وما بعدها .

(٤) فوفقاً لنص المادة ٢٢٧٠ / ١ من التقنين المدنى الفرنسى تتقادم المسئولية غير العقدية بمضى عشر سنوات تحتسب من تاريخ ظهور الضرر أو تفاقمه .

(5) A. Boulard : op. cit., p. 79 .

المطلب الثانى
اساس مسئولية القائم بالتجربة

٢٢٢- تمهيد :

ميزا المشرع الفرنسى بين فرضين ، يختلف أساس مسئولية القائم بالتجربة من أحدهما إلى الآخر، ويقوم هذا التمييز على أساس الغاية من اجراء التجربة الطبية ، فهذه الأخيرة يمكن أن تجرى دون استهداف غاية علاجية ، وهذا هو الفرض الأول ، كما يمكن أن تتم بهدف تحقيق غاية علاجية للشخص الخاضع لها ، وهذا هو الفرض الثانى .

٢٢٣- أولاً : حالة اجراء التجربة دون استهداف غاية علاجية (التجربة العلمية) :

وهذا النوع من التجارب يهدف أساساً إلى تحقيق أغراض علمية محضة ، ونظرا لخطورة النتائج التى يمكن أن تترتب على اجراء مثل هذه التجارب ، فقد استبعد المشرع الفرنسى الخطأ كأساس للمسئولية فى هذه الحالة ، وأقر نظاماً للمسئولية بدون خطأ Responsabilité Sans faute ، وهو ما يعنى أن المضرور يكفيه لإثبات مسئولية القائم بالتجربة أن يثبت قيام علاقة السببية بين الضرر الذى أصابه وبين اجراء التجربة ، دون أن يتجشم عبء اثبات خطأ القائم بها .

وقد نصت على ذلك المادة ٢٠٩ /٧ فى فقرتها الأولى حيث جاء فيها أنه " فى حالة اجراء التجارب الطبية التى لا تهدف إلى تحقيق غاية علاجية ، يلتزم القائم بها ، ولو بدون خطأ ، بتعويض الشخص الخاضع لها عن كافة الأضرار الناتجة عن اجراء التجربة ، ولا يجوز له أن يدفع هذا الإلتزام سواء استند فى ذلك إلى فعل الغير ، أو إلى عدول الشخص الخاضع للتجربة عن رضائه " .

والحقيقة أنه يمكن ابداء ملاحظتين على هذا النص : الملاحظة الأولى هى أنه أخذ بمفهوم واسع للأضرار التى يلتزم الشخص القائم بالتجربة بتعويضها ، حيث نص على مسئولية هذا الأخيرعن "كافة الأضرار الناتجة عن اجراء التجربة " ، وهو تعبير يتسع ليشمل ليس فقط الأضرار الجسدية ، وإنما كذلك الأضرار المادية والأدبية ، بشرط توافر علاقة السببية بين هذه الأضرار ونشاط القائم بالتجربة .[١]

وأما الملاحظة الثانية فهى تحديد النص لحالتين يمتنع على القائم بالتجربة أن يدفع مسئوليته فيهما :

الحالة الأولى :أنه لا يجوز له أن يتذرع بفعل الغير لاستبعاد التزامه بالتعويض أو الحد منه ، والمقصود بهذا الغير الطبيب الذى يزاول القائم بالتجربة نشاطه تحت اشرافه ورقابته ، وايضاً كل من ساهم فى اجراء التجربة .

الحالة الثانية : أنه لا يجوز له أن يتخلص من التزامه بالتعويض على أساس عدول الشخص الخاضع للتجربة عن رضائه ورفضه استمرار اجراء التجربة عليه .[٢]

والأساس الذى تقوم عليه هذه الحالة هو أن عدول الشخص الخاضع للتجربة عن رضاءه لايعد إخلالاً منه بالتزامه بالخضوع للتجربة بناءً على هذا الرضاء السابق ، إذ يجوزله أن يرجع عن هذا الرضاء فى أى وقت أثناء اجراء التجربة ، وقد نصت المادة ٢٠٩ / ٩ فى فقرتها الأولى على " حق الشخص فى رفض الخضوع للتجربة ، أو الإستمرار فيها ، ويكون له هذا الحق فى أى وقت دون أدنى مسئولية عليه" .

---

(1) H. Groutel : op. cit. p.1 ; Domonique : op. cit. p.144 ; Claude : op. cit. p.17
(2) Claude : op. cit. p.14 .

ويترتب على ذلك ، من ناحية ، أن القائم بالتجربة لا يجوز له أن يستمر فى اجراء التجربة بعد استعمال الشخص الخاضع لها حقه فى العدول ، وإلا عدت الأفعال التى تقع منه حينئذ خطأ شخصياً يستتبع مسئوليته المدنية على أساس المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى ، وفضلاً عن هذا الجزاء المدنى ، يعاقب جنائياً - وفقاً لنص المادة ٢٠٩ / ١٩ - بالحبس من ستة شهور إلى ثلاث سنوات ، والغرامة التى تتراوح بين اثنتى عشر ألف فرنك و عشرين ألف فرنك ، أو احدى هاتين العقوبتين .

كما يترتب على تقرير حق الشخص الخاضع للتجربة فى العدول عن رضائه ، من ناحية أخرى ، أن جميع الأضرار التى تصيبه قبل استعماله هذا الحق تظل خاضعة لنص المادة ٢٠٩ / ٧ (الفقرة الثالثة) من حيث أنها تغطى بالتأمين الإجبارى . (١)

ويجدر القول أن الأخذ بالمسئولية بدون خطأ فى هذا النوع من التجارب يرجع إلى " طابع التبرع " الذى تتسم به مشاركة الشخص الخاضع للتجربة ، حيث يضع نفسه تحت تصرف القائم بها دون أن تحقق له من وراء ذلك اية غاية علاجية ، وهى ذات العلة التى دفعت المشرع ، فى المادة ٦٦٧ / ٥ من قانون الصحة العامة ، إلى الأخذ بالمسئولية بدون خطأ فيما يتعلق بمسئولية مراكز نقل الدم ، وذلك لأن المتبرع بالدم لا يحصل على مقابل . (٢)

وطابع التبرع هو الذى يحتم منح الضمان للمضرور دون الإلتفات إلى وجود خطأ من عدمه وراء الأضرار التى أصابته، وهو ما يعنى أن التزام القائم بالتجربة فى هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة ، بحيث تقوم مسئوليته بمجرد تخلف هذه النتيجة .

---

(1) Ibidem,p.14 et s .
(2) Domonique : op. cit. p.144 .

٢٢٤- ثانياً : حالة اجراء التجربة بهدف تحقيق غاية علاجية (التجربة العلاجية) :

وفى هذا النوع من التجارب أقام المشرع الفرنسى قرينة قانونية على الخطأ une présomption légale de faute فى جانب القائم بالتجربة ، وهى قرينة بسيطة يستطيع هذا الأخير أن يدحضها بكافة طرق الإثبات ، وذلك إذا أثبت أن الضرر المتحقق لا يرجع إلى خطئه [١] ، وهو لا ينفى هذه القرينة عن نفسه فحسب ، وإنما عن كافة المتدخلين معه فى اجراء التجربة . [٢]

وقد نصت على ذلك المادة ٢٠٩/٧ فى فقرتها الثانية حيث جاء فيها " فى حالة اجراء التجارب الطبية التى تهدف إلى تحقيق غاية علاجية ، يلتزم القائم بها بتعويض الخاضع لها عن كافة الأضرار الناتجة عنها ، ما لم يثبت أن تلك الأضرار لاترجع إلى خطئه أو خطأ أى من المتدخلين ، ولا يجوز له أن يدفع هذا الإلتزام سواء استند فى ذلك إلى فعل الغير أو إلى عدول الشخص الخاضع للتجربة عن رضائه " .

ويلاحظ على هذه الفقرة من المادة أنها أكدت على عدم جواز دفع الإلتزام بالتعويض استناداً إلى فعل الغير أو عدول الخاضع للتجربة عن رضائه ، وهو ذات ما نصت عليه الفقرة الأولى من هذه المادة .

كما يلاحظ ايضاً ، أن القرينة التى فرضها المشرع على توافر الخطأ لاتنتفى ما لم يصرفها القائم بالتجربة عن المتدخلين معه فى اجراء التجربة - فضلاً عن صرفها عن نفسه - وهو التزام نعتقد أنه لا يتفق مع القول بالمسئولية الشخصية للمتدخل ،

---

(1) Jean Penneau : " Le cas particulier de la recherche médicale " un article publiée dans l'ouvrage d'Elie Alfandar " l'indemnisation de l'alea thérapeutique " 1995,p.46 ; Nathalie Younan : " La distinction de la recherch et de traitment dans les intervention biomédicales sur l'homme " 1995,p.14 .
(2) J. Penneau : op. cit. p.46 ; Claude : op. cit. p.16 .

فهذه المسئولية تلقى على من تتوافر لديه عبء نفيها ، وقد كان يمكن التسليم بهذا الإلتزام لو أن علاقة القائم بالتجربة مع المتدخلين معه فيها تقوم على أساس المسئولية عن فعل الغير.

ويجب على المضرور هنا أن يثبت خطأ القائم بالتجربة ، غير أن هذا الإثبات تعترضه صعوبة تتعلق باحتمال رجوع الضرر الناتج عن هذه التجارب العلاجية إلى التطور الطبيعى للمرض بصرف النظر عن وجود قصور فى العقاقير المستخدمة فى التجربة من عدمه [(١)] ، وعلى أية حال فإن قاضى الموضوع يمكنه أن يستعين فى اثبات قيام السببية بين أفعال التجربة وبين الضرر الواقع بالقرائن التى تؤيد ذلك ، ومن أهمها خروج تلك الأفعال عن الأصول العلمية الواجب مراعاتها . [(٢)]

هذان - إذاً - هما الفرضان اللذان عالج فيهما المشرع الفرنسى مسئولية القائم بالتجربة ، والآن يمكن أن نتسائل عن طبيعة المسئولية التى تكون محلاً للضمان فى التأمين الإجبارى الذى فرضه المشرع على القائم بالتجربة ، فهذا الأخير - كما رأينا - إما أن تقوم مسئوليته بدون خطأ - فى الفرض الأول - ، وإما أن تقوم مسئوليته على أساس الخطأ المفترض la faute présumée .

ويثور التساؤل عن أى نوع من نوعى هذه المسئولية التى يغطيها تأمين المسئولية ؟

أجاب المشرع عن هذا التساؤل فى الفقرة الثالثة والأخيرة من نص المادة ٢٠٩ / ٧ بقوله " يجب لإجراء أى تجربة طبية أن يبرم القائم بها عقد تأمين من مسئوليته المدنية التى يمكن أن تنتج عن هذا النشاط وتعتبر أحكام هذه المادة من النظام العام " .

---

(1) Claude : p.17 .
(2) Y. Lambert Faivre : " Le droit du dommage corporel - systémes d'indemnisation " op. cit. p.446 .

فحكم هذه الفقرة يشمل الفرضين المنصوص عليهما فى الفقرتين الأولى والثانية من ذات المادة ، وهو ما يعنى أن مسئولية القائم بالتجرية يشملها عقد التأمين سواء كانت بدون خطأ ، أو قامت على الخطأ المفترض .

ومما هو غنى عن البيان أن صياغة النص من المرونة بحيث يمكن القول أن ضمان المؤمن يشمل كافة الأضرار التى تثير مسئولية القائم بالتجربة ، سواء كانت تلك الأضرار جسدية أو مادية أو أدبية .[1]

المبحث الثالث
نطاق الضمان

٢٢٥- تقسيم :

نعرض فى هذا المبحث لبيان نطاق الضمان من حيث الزمان ، ثم نطاقه من حيث القيمة ، وأخيرا نتناول حالات استبعاد الضمان ، وعلى ذلك يمكن أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على الوجه التالى :

المطلب الأول : نطاق الضمان من حيث الزمان .

المطلب الثانى : نطاق الضمان من حيث القيمة .

المطلب الثالث : حالات استبعاد تطبيق الضمان .

---

(1) Domonique : op. cit., P. 341 .

المطلب الأول
حدود الضمان من حيث الزمان

٢٢٦- تمهيد :

مما لا شك فيه أن الأضرار التى يمكن أن تترتب على اجراء التجارب الطبية لا تظهر - فى غالب الأحوال - خلال مدة سريان العقد ، وهو ما دعا المشرع إلى الأخذ بالضمان اللاحق ، ولكن هذا الأخير محدود بمدة معينة مما يثير احتمال انقضائه قبل ظهور تلك الأضرار ، والتى قد لاتظهر قبل عشرات السنين ، بل وتختار ضحاياها من بين أجيال تالية على الشخص الذى كان خاضعاً للتجربة .(١)

والمشكلة التى تثور تتمثل فى أن انتهاء مدة الضمان قبل ظهور تلك الأضرار معناه أن تظل مسئولية القائم بالتجربة قائمة فى حين يكون الضمان الناشئ عن عقد التأمين قد انقضى ، وهو ما يوجد ثغرة فى هذا الضمان سواء للقائم بالتجربة الذى يجد نفسه - بدون ضمان - مهدداً بدعوى المسئولية ، أو للمضرور الذى يفقد ميزة الرجوع على ذمة مليئة على أساس عقد التأمين .

ويلزم لتحديد إطار هذه المشكلة أن نتناول نصوص القانون المنظمة لتحديد هذا الضمان - والتى يبدو بينها نوع من التعارض - وما يترتب على ذلك من صعوبات ، وكيفية التوفيق بين هذه النصوص .

٢٢٧- النصوص القانونية :

تنص المادة ٢٠٩ /٢٢ من قانون الصحة العامة الفرنسى - والصادرة بالقانون رقم ٩٠ /٨٦ فى ٢٣ يناير ١٩٩٠ - على أن " تتقادم دعاوى التعويض الناتجة عن اجراء التجارب الطبية وفقاً لأحكام نص المادة ٢٢٧٠ /١ من التقنين المدنى " .

---

(1)Claude : op. cit. p.25 .

وبالرجوع إلى نص المادة ٢٢٧٠ / ١ - المحال عليها - نجد أنها تنص على أن " تتقادم دعاوى المسئولية خارج النطاق العقدى بمضى عشر سنوات تحتسب من وقت ظهور الضرر أو تفاقمه " .

وتنص المادة ٢٠٥٢ من مرسوم رقم ٩١ / ٤٤٠ الصادر فى ١٤ مايو ١٩٩١ - والواردة فى الباب السابع من قانون الصحة العامة المتعلق بالتأمين الإجبارى من المسئولية عن التجارب الطبية - على أنه " ايا كان تاريخ فسخ عقد التأمين ، يشمل ضمان المؤمن الدعاوى التى توجه إلى المؤمن له من المضرو ر خلال مدة اجراء التجربة ، وحتي انتهاء العشر سنوات التالية على انتهاء هذه التجربة .

٢٢٨- تحليل النصوص :

كان يمكن القول - لأول وهلة - ، فى ضوء هذه النصوص ، أن هناك توافقا بين مدة الضمان العشرى المنصوص عليه فى قانون الصحة العامة(م ٢٠٥٢)، وبين مدة التقادم العشري للمسئولية المنصوص عليه فى القانون المدنى (م ٢٢٧٠ / ١) ، غير أن هذا التوافق - فى حقيقته - ظاهرى . (١)

وبيان ذلك ، من ناحية ، أن مدة الضمان العشرى تبدأ بانتهاء التجربة ، بمعنى أن هذا الضمان لا يتوقف - حتي يبدأ فى سريانه - على ظهور الضرر الذى قد يظل كامنا سواء أثناء التجربة أو خلال هذه السنوات العشر التالية على انتهائها ، وبالتإلى يقوم احتمال انقضاء الضمان قبل ظهور ذلك الضرر ، وبالتإلى قبل أن يرفع المضرور دعواه على القائم بالتجربة .

ومن ناحية أخرى ، فإن التقادم العشرى للمسئولية لا يبدأ إلا من وقت ظهور الضرر أو تفاقمه - وهو ما يعني أن مدة الضمان - التى تنتهى بنهاية العشر سنوات

---

(1) J. Penneau : op. cit. p.48 .

التالية على انتهاء التجربة - قد تنقضى فى الوقت الذى تكون فيه مسئولية القائم بالتجربة لا تزال قائمة فى حالة تأخر ظهور الضرر إلى ما بعد بدء مدة الضمان [١] .

والحقيقة أن عدم التزامن - الناتج عن هذا التباين فى تحديد وقت بدء احتساب مدة العشر سنوات - بين مدة سريان الضمان من ناحية ، ومدة قيام المسئولية من ناحية أخرى ، واحتواء الثانية للأولى لا يتناسب مع طبيعة الأضرار التى تنجم عن اجراء التجارب الطبية ، والتى يمكن أن يتأخر ظهورها إلى ما بعد انقضاء مدة الضمان ، وهو ما حدا بالبعض [٢] ، أن يرى ضرورة تدخل المشرع ، ولكن دون أن يحدد المسلك الذى يجب أن يسلكه هذا الأخير ، كما يري البعض الآخر [٣] ، ضرورة مد مدة الضمان لأكثر مما هو منصوص عليه فى القانون ، على نحو أكثر حماية لحقوق المضرورين .

ولعله يكون من الأولى أن يتدخل المشرع بجعل مدة الضمان العشرى اللاحق هى ذاتها مدة تقادم المسئولية ، بحيث لا تبدأ الأولى إلا من وقت بدأ الثانية ، وهو ما يحفظ لعقد التأمين فعاليته سواء للقائم بالتجربة أو للمضرور.

وهو ما يقتضي التمييز - بخصوص تحديد أساس مدة العشر سنوات ، وهي مدة الضمان اللاحق - بين لحظة وقوع الفعل المنتج للمسئولية من ناحية ، وبين لحظة ظهور الضرر الناتج عن هذا الفعل من ناحية أخرى [٤] ، بحيث تتخذ الثانية دون الأولى كنقطة بدء لاحتساب مدة الضمان .

---

(1) H. Groutel : op. cit. p.2 ; Domonique : op. cit. p. 343 ; Claude : op. cit. p.26 .
(2) Domonique : op. cit. p.344 .
(3) H. Groutel : op. cit. p.2 .
(4) J. Penneau : op. cit. p.48 .

المطلب الثانى
حدود الضمان من حيث القيمة

٢٢٩- أصل المسألة :

لم يضع المشرع حداً أقصى لقيمة الضمان الذى يستحقه المضرور، إلا أنه وضع حداً أدنى لهذا الضمان ، حيث قرر فى المادة ٢٠٤٩ من مرسوم ١٩٩١ ، أنه " لا يجوز أن تقل قيمة الضمان فى عقد التأمين من المسئولية للقائم بالتجربة عن ٥ مليون فرنك للمضرور أو ٣٠ مليون فرنك عن اتفاق البحث أو ٥٠ مليون فرنك عن كافة المطالبات التى تتم خلال سنة التأمين بالنسبة لاتفاقات البحث المتعدد" .

وإذا كان المشرع قد أطلق الحد الأقصى للضمان دون قيد أو تحديد، بما يعنى أنه قد أخذ بمبدأ الضمان غير المحدود، إلا أن العمل قد لايجرى على ذلك ، فالمؤمن ليس هناك ما يلزمه أن يتحمل أكثر مما ألزمه به النص المتقدم، وهو ما يخشى معه - عملاً - أن يكون الحد الأدنى الذى وضعه المشرع هو ذاته الحد الأقصى . (١)

وفى مثل هذه الحالة، فإنه إذا تجاوزت قيمة التعويض المحكوم به عن هذا الحد المقرر قانوناً، ترتب على ذلك أن يتحمل القائم بالتجربة القدر الزائد من التعويض فى ذمته الخاصة . (٢)

هذه النتيجة هى مقتضى تطبيق المبدأ التعويضى الذى يلزم المؤمن بأقل القيمتين مبلغ التعويض أو مبلغ التأمين ، ففى ظل هذا التحديد القانونى الذى قد يكون فى ذات هو الحد الأقصى الإتفاقى ، فإن المؤمن لايغطى مسئولية القائم بالتجربة إلا فى

---

(1) Hubert Groutel : op. cit. p. 2 ; Jean Penneau : op. cit. p. 48 ; Dominique : op. cit. p. 342 ; Claude : op. cit. p. 27 .
(2) Claude : op. cit., p. 27 .

حدود مبلغ التأمين باعتباره أقل القيمتين اللذين ينحصر إلتزامه بينهما إذا كانت قيمة مبلغ التعويض تزيد عنه .

ونظراً لأن المؤمن له فى هذه الحالة سيكون بلا ضمان يغطى مسئوليته عن هذا القدر الزائد عن مبلغ التأمين ، فإنه يبدو ملحاً البحث عن آلية تعويض تقوم بدور تكميلى لنظام التأمين من المسئولية فى نطاق التجارب الطبية ، وهو مايحقق مصلحة المؤمن له والمضرور على السواء ، فمبالغ التعويض من الضخامة بحيث يتحملها الأول ، وهو مايعرض الثانى للحرمان من حقه فى التعويض الكامل لأضراره ، فضلاً عن أن مثل هذا الوضع سيؤثر سلباً على روح البحث والتطوير التى لاغناء عنها سيما فى المجال الطبى ، لذلك ، وإزاء عدم كفاية نظام التأمين من المسئولية لتغطية النتائج المالية لمسئولية القائم بالتجربة ، فلا مناص من تقرير نظام تعويض يعمل بصورة تكميلية معه . (١)

المطلب الثالث
حالات استبعاد تطبيق الضمان

٢٣٠- تمهيد :

أورد نص المادة ٢٠٤٨ من مرسوم ١٤ مايو ١٩٩١ الحالات التى يستبعد فيها تطبيق الضمان على النحو التإلى " يستبعد تطبيق ضمان عقد التأمين من المسئولية عن التجارب الطبية فى الحالات التالية :

١- اجراء التجربة الطبية دون مراعاة الشروط المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ / ٣ من قانون الصحة العامة .

٢- عدم تحقق رضاء الشخص الخاضع للتجربة وفقاً للشروط المنصوص عليها فى المادتين ٢٠٩ / ٩ ، ٢٠٩ / ١٠ من القانون .

(١) انظر لاحقاً الباب الثانى من هذا القسم .

٣- اجراء التجربة دون الحصول على موافقة " اللجنة الإستشارية لحماية الأشخاص " كما تقضى بذلك المادة ٢٠٩/١٢ فقرة أولى .

٤- اجراء التجربة دون مراعاة القيد الزمنى المنصوص عليه فى المادة ٢٠٩ / ١٢ فقرة رابعة .

٥- اجراء التجربة بالمخالفة لما تضمنه نص المادة ٢٠٩/١٨ .

٦- اجراء التجربة بالمخالفة لقرار وزير الصحة بحظر أو ارجاء اجرائها ، وفقاً للسلطة المخولة له بموجب الفقرة الأخيرة من نص المادة ٢٠٩ / ١٢ " .

ويلاحظ على الحالات الواردة بالنص المتقدم أنها ، من ناحية ، قد وردت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال ، وبالتالى لا يجوز القياس عليها أو التوسع فيها ، وأنها من ناحية أخرى ، تدور بصفة أساسية حول الأفعال التى تقع من القائم بالتجربة بالمخالفة للضوابط والإجراءات التى يجب عليه التقيد بها منذ أن يأخذ على عاتقه قرار اجراء التجربة وحتى انتهائها .

ونوالى فيما يلى شرح الحالات المتقدمة .

<u>٢٣١- الحالة الأولى : اجراء التجربة دون مراعاة الشروط المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من نص المادة ٢٠٩/٣</u>

بالرجوع إلى نص المادة ٢٠٩ / ٣ نجد أنه قد ضع شرطين لإجراء التجربة الطبية :

" ١- وجوب اجراء التجربة تحت اشراف ورقابة طبيب ذى خبرة مناسبة .

٢- اجراء التجربة فى ظل توافر الإمكانيات المادية و الفنية التى يقضى بها المنهج العلمى والتى تحقق الحماية والضمان للأشخاص الخاضعين للتجربة . "

الشرط الأول : اجراء التجربة تحت اشراف ورقابة طبيب ذى خبرة :

ويطلق على هذا الطبيب اسم الطبيب " المراقب ، وهو - كماسبق القول[1] - دائماً شخص طبيعى ، ويجب أن يكون حاصلاً على درجة الدكتوراة فى الطب ، ويتولى الإشراف والرقابة على اجراء التجربة .

الشرط الثانى : توافر الإمكانيات المادية والفنية اللازمة لإجراء التجربة :

ويقصد بالإمكانيات المادية أن تتم التجربة فى الأماكن والمنشآت المعدة لذلك ، وهى تلك المؤسسات التى يكون مرخصاً لها بذلك ، وتكون خاضعة لإشراف الجهة الإدارية المختصة (وزارة الصحة م ٢٠٢١ ، م ٢٠٢٧ من قانون الصحة العامة) .

ويقوم الشخص القائم بالتجربة بالإتفاق مع هذه المؤسسة ، ويتم ذلك بإشراف الطبيب المحقق ، على أن يدرج فى هذا الإتفاق كافة المعلومات المتعلقة بموضوع التجربة والهدف منها ومدتها وتحديد المتدخلين فيها .

أما الإمكانيات الفنية فهى شرط بديهى وثيق الصلة بكفاءة القائم بالتجربة ، والتزامه بمراعاة الأصول العلمية الصحيحة .

٢٣٢- الحالة الثانية : عدم تحقق رضاء الشخص الخاضع للتجربة وفقاً للشروط المنصوص عليها فى المادتين ٢٠٩ / ٩ ، ٢٠٩ / ١٠ من القانون :

يمكن القول أن للرضاء فى نطاق التجارب الطبية أهمية خاصة ، إذ أنه من المتصور فى كثير من الأحيان أن يقبل بعض الأشخاص الخضوع لمثل هذه التجارب تحت تأثير بعض الضغوط لاسيما الضغوط الإقتصادية ، أو تحت تأثير استغلال

(١) انظر سابقاً رقم٢٢١ ، ص ٤٢٢ وما بعدها .

قصور فى الأهلية .

لذلك فقد حددت المادة ٢٠٩ / ٩ الضوابط والشروط الواجب توافرها فى رضاء الشخص الخاضع للتجربة .

فهذا الرضاء يجب أن يكون حراً ، وصريحاً ، وواضحاً ، ويتعين على القائم بالتجربة أن يقوم بإحاطة الشخص الخاضع للتجربة بموضوع التجربة والهدف منها ، والمنهج العلمى الذى سيتبعه ، وكذلك المخاطر والفوائد المحتملة على السواء ، و أخيراً تحديد المدة الزمنية التى سيستغرقها اجراء التجربة .

وإذا كان تحديد تلك العناصر لا يثير صعوبة ، إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لآخرها ، ونعني بذلك تحديد المدة الزمنية التى سيتم خلالها اجراء التجربة ، ويرجع ذلك - بداهةً - إلى أن جسم الإنسان - وهو موضوع التجربة - كائن حى يتجاوب مع المتغيرات الخارجية ويتأثر بها ، ولذلك فإن استعداده لتلقى العقاقير التجريبية يصعب ضبطه ، لأنه قد لا يتجاوب فى أى لحظة - أثناء التجربة - مع تلك العقاقير مما يتحتم معه وقف التجربة فوراً .[1]

وبالإضافة إلى ما تقدم فقد اشترطت المادة ٢٠٩ / ٩ أن يحاط الشخص الخاضع للتجربة علماً برأى اللجنة الإستشارية سواء كان رأيها بالموافقة على اجراء التجربة أو بالرفض .

كما يلزم لتوافر الرضاء أن يتم كتابة من الشخص الخاضع للتجربة ، وفى حالة تعذر ذلك يكون الإقرار بالموافقة من الغير ، على ألا يكون هذا الأخير ذو صلة سواء بالقائم بالتجربة أو بالطبيب المراقب .

---

(1) Domonique : op. cit. p. 319 .

والحقيقة أن اشتراط عدم كون الغير - الذى يحل محل الخاضع للتجربة للتعبير عن رضائه - من ذوى الصلة أو التبعية بالهيئة الطبية القائمة على التجربة شرط بديهى لم يكن المشرع الفرنسي فى حاجة إلى النص عليه لأن القول بغير ذلك يعني - فى الحقيقة - أن هذه الهيئة هى التى أذنت لنفسها بإجراء التجربة وهو مايفرغ الرضاء من جوهره .

ولا شك أن اشتراط افراغ الرضاء فى سند كتابى يضمن للشخص الخاضع للتجربة الحد الأدني اللازم لحمايته ، ونقول الحد الأدنى لأن المخاطر التى يمكن أن تترتب على مثل هذه التجارب قد لا تكون - فى بعض الأحيان - متوقعة للقائم بالتجربة ذاته ، فلا أقل من يأتى رضاء الخاضع للتجربة فى شكل ثابت ومحدد فى نطاق المخاطرالمتوقعة ، دون غيرها مما لا يمكن توقعه .

وفضلاً عما سبق ، فإن حق الشخص الخاضع للتجربة فى الرضاء لايقتصر على منحه قبل اجراء التجربة ، وإنما يمتد إلى منحه فى كل لحظة أثنائها . وبعبارة أخرى ، يكون له الحق فى العدول عن رضائه متى شاء دون أن يتقيد بما سبق أن أبداه من رضاء من غير أن تترتب على ذلك أية مسئولية .(١)

وأخيرا ، فقد أجازت المادة ٢٠٩ / ٩ ، فى حالات الإستعجال والضرورة ، اجراء التجربة دون الحصول على الرضاء المسبق من الخاضع لها ، على أن يتم ذلك عقب الإ نتهاء منها .

وقبل أن نعرض لضوابط الرضاء التى حددها نص المادة ، لابد من أن نشير إلى الإستثناء الذى أورده المشرع فى الفقرة السادسة من المادة ٢٠٩ / ٩ ، وهو

(1) Claude : op. cit. p.14 .

استثناءغاية فى الأهمية على مبدأ الرضاء ، حيث أجاز المشرع للطبيب أن" يحتفظ لديه ببعض المعلومات " المتعلقة بتشخيص حالة الشخص الخاضع للتجربة إذا لم يكن علمه بها فى مصلحته ، وهو أمر تقديرى - ولا شك - للطبيب (١).

ولا ريب فى أن هذا الإستثناء يقلل بدرجة كبيرة من قيمة الرضاء ، حيث أنه صادرعن شخص لا يعلم حقيقة حالته التى يخضع بها للتجربة والتى قد يكون من شأن العلم بها ألا يقدم على ذلك . ولعل هذا ما دفع المشرع إلى اشتراط أن يتضمن مشروع التجربة الذى يقدم إلى اللجنة الإستشارية كافة المعلومات المتعلقة بتشخيص حالة الشخص الخاضع للتجربة ، بما فيها تلك المعلومات التى يجوز للطبيب أن يحتفظ بها لنفسه .

أما نص المادة ٢٠٩ / ١٠ فقد عرض لحالة ما إذا كان الخاضع للتجربة غير أهل لأن يصدر عنه رضاء صحيح ، سواء كان ذلك راجعاً إلى كونه قاصراً un mineur أو بالغاً إعترته إحدى عوارض الأهلية un majeur sous tutelle .

وقد ميز المشرع بين فرضين فيما يتعلق بالتعبير عن الرضاء نيابة عن الخاضع للتجربة :

الفرض الأول : حالة ما إذا كانت التجربة علاجية ، وهنا يكون الحق فى منح الرضاء للممثل القانونى (الولى أو الوصى) للخاضع للتجربة .

الفرض الثانى : حالة ما إذا كانت التجربة علمية ، وهنا لابد أن يكون الممثل القانونى - حتى ينوب عن الخاضع للتجربة فى التعبير عن رضائه - مأذوناً فى ذلك من القاضى المختص بشئون القصر juge des tutelles .

---

(1) Domonique : op. cit. p.312 .

ومتى زالت حالة انعدام أو نقص الأهلية ، وأصبح الخاضع للتجربة قادرا على التعبير عن إرادته، فإنه يسترد حقه فى الرفض أو العدول عن الرضاء السابق (الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠٩ / ١٠) .

٢٣٣- الحالة الثالثة : اجراء التجربة دون الحصول على موافقة اللجنة الإستشارية لحماية الأشخاص [1] كما تقضي بذلك المادة ٢٠٩/١٢ من القانون:

فرض القانون التزاما على الطبيب المراقب بأن يعرض - قبل اجراء التجربة - على اللجنة الإستشارية لحماية الأشخاص le comité consultatif de protection des personnes مشروع التجربة [2]، المزمع اجراؤها لأخذ رأيها فيه بالقبول أو الرفض وتقوم اللجنة بإبداء رايها على أساس البيانات المقدمة إليها، وعلى الأخص ما يتعلق منها بطبيعة التجربة ومنهج البحث ومدى توافر رضاء الخاضع لها ، ويكون ذلك فى ضوء اعتبارات الموازنة والملائمة بين

---

(١) أضاف المشرع بموجب المرسوم رقم ٩٠ / ٨٧٢ الصادر فى ٢٧ سبتمبر ١٩٩٧ بين نصوص قانون الصحة العامة فى المواد من ٢٠٠١ إلى ٢٠٤٦ الأحكام المتعلقة بتلك اللجنة ، حيث عقد لها الإختصاص بإبداء الرأى فى إجراء التجربة من عدمه كوسيلة رقابة وضمان فى هذا الصدد . وتتشكل هذه اللجنة من اثنى عشرة عضوا ، أربعة منهم أطباء من ذوى الخبرة المناسبة ، على أن يكون ثلاثة منهم من ذوى التخصص فى مجال التجارب الطبية ، وعضوان من الصيادلة على أن يكون أحدهما على الأقل قد مارس نشاطه فى إحدى المؤسسات المعنية بإنتاج العقاقير ، وممارس عام ، وعضو معاون للأطباء (ممرض أو ممرضة حاصل على دبلوم فى أعمال التمريض) ، عضو تربوى ، اخصائى اجتماعى ، عضو خبير فى علم النفس ، عضو قانونى . وتمارس هذه اللجنة عملها فى نطاق الإقليم الكائنة به ، ويمكن أن تستعين فى أداء مهمتها بإحدي المؤسسات الطبية . وتلتزم هذه اللجنة بالرد على الطلب المقدم من الطبيب المراقب لإبداء رايها خلال خمسة أسابيع تحتسب من تاريخ وصول الطلب إليها ، ويمكن أن تمنح أجل أضافى مقداره ثلاثون يوما إذا كان هناك نقص فى المستندات الواجب تقديمها من الطبيب المراقب ، إذ يجوز لها أن تطلب منه استكمال تلك المستندات .

(٢) ، ويتعين أن يتضمن هذا المشروع عدة أمور أساسية :

١ ــ تحديد طبيعة ومنهج التجربة (تحديد شخص القائم بالتجربة والهدف منها سواء كان علاجى أو علمى ــ المعلومات اللازمة عن العقار الطبى المزمع تجربته ــ بنود الإتفاق الخاص بإجراء التجربة بين القائم بها والخاضع لها ــ المعلومات اللازمة عن المؤسسة أو المختبر الذى ستجري فيه التجربة ــ تحديد الضمانات الواجب توافرها للشخص الخاضع للتجربة (مدة التجربة) .

صورة من عقد التأمين المبرم بواسطة القائم بالتجربة ــ الفوائد والمخاطر المحتملة من وراء التجربة ، وإذا كانت التجربة بدون فائدة علاجية فإنه يتعين فضلا عما سبق تقدم الترخيص الصادر من المؤسسة التى ستتم فيها التجربة بذلك ، وقيمة التعويض الواجب للخاضع للتجربة .

الأهداف المحددة للتجربة والإمكانيات المتاحة لها . واستبعاد تطبيق الضمان فى هذه الحالة يفترض أن التجربة قد تم اجراؤها دون مراعاة لهذا الإجراء ، أو أن يتم البدأ فيها قبل أن تفصل اللجنة بالقبول أو الرفض ، أو أن تتم رغم صدور قرار اللجنة بالرفض . (١)

٢٣٤- الحالة الرابعة : اجراء التجربة دون مراعاة القيد الزمنى المنصوص عليه فى المادة ٢٠٩ / ١٢ :

كما سبق أن قلنا (٢) ، إن القائم بالتجربة يجب عليه قبل أن يشرع فى التجربة أن يخطر وزارة الصحة بذلك عن طريق " خطاب النوايا " ، ويكون هذا الأخير مرفقاً به الرأى الذى انتهت إليه اللجنة ويجب أن يتضمن هذا الخطاب كافة العناصر الأساسية للبحث .

وقد حددت المادة ٢٠٩ / ١٢ قيداً زمنياً ينبغى على القائم بالتجربة ألا يبدأ فى اجراء التجربة دون مراعاته ، حيث ينبغى عليه الإنتظار مدة شهرين من تاريخ تقديم هذا الخطاب لايستطيع خلالها تنفيذ تجربته ، ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان رأى اللجنة قد إنتهى إلى عدم ملائمة اجراء التجربة .

وهذا القيد الزمنى الهدف منه ممارسة وزارة الصحة دورها فى تقدير و مراقبة اعتبارات السلامة الصحية، وهذا الدور بمثابة رقابة سابقة على اجراء التجربة ، ولها فضلاً عن ذلك الحق فى وقف التجربة عند أى إخلال بهذه الإ عتبارات (م ٢٠٩ /١٢) .

---

(1) Claude : op. cit. p.27 .

(٢) انظر رقم ٢١٩ ، ص ٤١٩ وما بعدها .

٢٣٥- الحالة الخامسة : اجراء التجربة بالمخالفة لما تضمنته المادة ٢٠٩ / ١٨ :

وتتعلق هذه المادة بالتجارب العلمية والتى يجب أن تتم فى إطارالإمكانيات المادية أوالفنية المناسبة لطبيعة البحث التى يحددها الوزيرالمختص ، وذلك فى ضوء ماتتطلبه اعتبارات سلامة وحماية الأشخاص الذين يخضعون لمثل هذه التجارب .

معني ذلك أن اجراء هذه التجارب فى غيرالحالات والضوابط المحددة من وزارة الصحة يعطى المؤمن الحق فى استبعاد الضمان .

٢٣٦- الحالة السادسة : اجراء التجربة بالمخالفة لقرار وزير الصحة بحظر أو تأجيل اجرائها وفقاً للسلطة المخولة له بموجب الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠٩ / ١٢ :

خول القانون الوزيرالمختص سلطة منع اجراء التجربة أو تأجيلها ، وتبدو أهمية تلك السلطة حين لا يتوافرللتجربة المزمع اجراؤها الإمكانيات المناسبة لها ، أو أن يكون من شأنها احداث أضرارجسيمة بالخاضع لها . ففى مثل هذه الحالات يحق للوزيرالمختص أن يمنع اجرائها أو أن يؤجلها .

ويكون له هذا الحق فى كل وقت ، متى كانت هناك أخطار تهدد الصحة العامة أو لم تراع ، فى أثناء التجربة ، الأحكام المنصوص عليها فى القانون ، (م ٢٠٩ / ١٢ الفقرة الأخيرة) .

ومخالفة القرارالصادر بمنع التجربة أو تأجيلها بالبدأ أو الإستمرارفيها من القائم بها ، يترتب عليه أن تستبعد من الضمان كافة الأعمال التى تتم بعد صدور قرارالمنع أو التأجيل . [١]

---

(1) Claude : op. cit. p.28 .

المبحث الرابع
الدعوى المباشرة للمضرور

٢٣٧- أولاً : أساس الدعوى المباشرة فى نطاق التأمين من المسئولية عن التجارب الطبية :

يمكن القول أن حق المضرور فى الرجوع مباشرة على المؤمن من المسئولية عن التجارب الطبية مستمد من نص القانون ، وهو ما يمكن استنباطه من عبارة المشرع فى المادة ٢٠٥١ من مرسوم ١٤ مايو ١٩٩١ ، والتى تنص على أنه " ... إلا أنه ، أى المؤمن يستطيع استعمال دعوى الرجوع بالمبالغ التى دفعها إلى المضرور بدلاً من ، ومحل ، المؤمن له ". (١)

وهذه الفقرة من المادة ٢٠٥١ وردت على سبيل الإستدراك ، لأنها حسب سياقها جاءت تعقيباً على الدفوع التى لا يجوز للمؤمن أن يحتج بها فى مواجهة المضرور ، والتى وردت فى مستهل النص .

ويلاحظ على صياغة هذه الفقرة أن المشرع لم ينص صراحة على أن رجوع المؤمن إنما يكون على المؤمن له . ولكن الذى يفهم بالضرورة أن هذا الرجوع يكون على الشخص الذى أدى المؤمن عنه مبلغ التأمين ، وهو المؤمن له . (٢)

وإقرار النص حق المؤمن فى الرجوع على المؤمن له بما أداه من مبالغ إلى المضرور ، يعنى - بداهة - أن ضمان المؤمن له مستبعد فى مواجهة المؤمن ، وإلا لما أمكن القول بجواز

---

(1) " Toutefoit , il peut exercer une action en remboursement des sommes versées à la victime et payées au lieu et place de l'assuré " .
(2) H. Groutel : op. cit. p. 3 .

هذا الرجوع ، لأن هذا الجواز غير متصور فى غير حالات استبعاد الضمان وكون المؤمن غير ملتزم بأداء الضمان أو بتغطية مسئولية المؤمن له ، وإلا فقد عقد التأمين الغاية منه ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، أن المؤمن ملتزم ، على الرغم من حقه فى الدفع بالسقوط أو بعدم التأمين فى مواجهة المؤمن له ، بأداء التعويض إلى المضرور.

وهذا التفسير يؤدى إلى القول بحق المضرور فى الدعوى المباشرة ، لأن القول بغير ذلك يمتنع معه قيام المؤمن بأداء التعويض رغم السقوط أو عدم التأمين ، وبالتالى إهدار كل قيمة للنص .

والحقيقة أن تعبير النص صراحة بأن المؤمن يدفع تلك المبالغ " بدلاً من المؤمن له " يقطع فى الدلالة بأن المؤمن غير ملتزم أصلاً بهذا الأداء ، وإنما هو يوفى دين المؤمن له إلى المضرور الذى يرجع عليه مباشرة ، ثم يستوفى ما أداه بعد ذلك من المؤمن له .

خلاصة القول أن رجوع المؤمن على المؤمن له يفترض :

١-ألا يكون المؤمن ملتزماً بأداء التعويض ، سواء كان ذلك بسبب توافر احدى حالات استبعاد الضمان كتخلف رضاء الشخص الخاضع للتجربة، أو السقوط كحالة الإدلاء ببيانات غير صحيحة عن الخطر المؤمن منه .

٢- قيام المؤمن بأداء التعويض فعلاً إلى المضرور، إذ لا يجوز له الرجوع على المؤمن له إلا بما أداه بالفعل .

٣-عدم نزوله عن التمسك بالسقوط أو استبعاد الضمان فى مواجهة المؤمن له ، سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً .

٢٣٨- ثانيا : آثار الدعوى المباشرة (تقييد دفوع المؤمن فى مواجهة المضرور) :

الأصل أن المضرور إذ يرفع دعواه المباشرة على المؤمن أنه يستوفى مبلغ التأمين الذى يلتزم به هذا الأخير- أصلاً - فى مواجهة المؤمن له ، وبالتالى فإن الدفوع التى يستطيع المؤمن أن يتمسك بها فى مواجهة المؤمن له تنتقل بصورة تلقائية إلى المضرور ، فيكون للمؤمن أن يدفع فى مواجهته بكافة الدفوع التى يملك توجيهها إلى المؤمن له ، وهذا ما يتفق مع مقتضى إلزام المؤمن بأن يؤدى مبلغ التأمين مباشرة إلى المضرور.

إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل حين قيد حرية المؤمن فى التمسك ببعض الدفوع فى مواجهة المضرور، وإن كان يملك توجيهها إلى المؤمن له ، وذلك رغبة منه فى تقرير أكبر قدر ممكن من الحماية للشخص الخاضع للتجرية ، ومن أجل إقامة التوازن بين توفير تلك الحماية وبين حقوق المؤمن ، فقد أجاز لهذا الأخير الرجوع على المؤمن له ، (القائم بالتجرية) بما أداه بدلاً عنه .

وتقييد حق المؤمن فى توجيه الدفوع إلى المضرور ليس إلا أحد النتائج المنطقية [(١)] ، التى تترتب على الأثر الجوهرى للدعوى المباشرة وهو استئثار المضرور بمبلغ التأمين ، وهو ما يضمن حصول المضرور على حقه .

وقد نصت على هذه الدفوع التى يمتنع على المؤمن أن يتمسك بها فى مواجهة المضرور المادة ٢٠٥١ من مرسوم ١٤ مايو ١٩٩١ بقولها " لا يجوز للمؤمن أن يحتج فى مواجهة المضرور :

---

(١) وبالإضافة إلى تقييد دفوع المؤمن فى مواجهة المضرور ، فإنه يترتب — كذلك — على استئثار هذا الأخير بمبلغ التأمين ، عدم مزاحمة دائني المؤمن له ، و اقتسام مبلغ التأمين قسمة غرماء فى حالة تزاحم أكثر من مضرور .

١- فى حالة إجراء التجربة دون عدم توافر الرضاء وفقاً للشروط المنصوص عليها فى المادتين ٢٠٩ / ٩ أو ٢٠٩ / ١٠ من قانون الصحة العامة ، أو إذا كان قد عدل عنه .

٢-فى حالة شرط الإعفاء من تغطية الكوارث الصغيرة المنصوص عليه فى المادة ٥٠٢٠ .

٣- فى حالة التخفيض النسبى للتعويض المنصوص عليه فى المادة ١١٣ / ٩ من قانون التأمين .

٤- فى حالة سقوط العقد " [١] :

ونوالى فيما يلى بيان هذه الدفوع .

[١] عدم جواز الدفع بتخلف الرضاء أو العدول عنه :

قدمنا أن عدم مراعاة الشروط التى حددها المشرع فى المادتين ٢٠٩ / ٩ ، ٢٠٩ / ١٠ ، والمتعلقة برضاء الشخص الخاضع للتجربة ، تعد إحدى حالات استبعاد الضمان [٢] ، وهو ما يعنى عدم التزام المؤمن بأداء مبلغ التأمين إلى المؤمن له ، وبالتالى حرمان المضرور من الضمان ، غير أن المشرع ، حماية للمضرور من هذه النتيجة غير العادلة ، ونزولاً على منطق الحق المباشر المستمد من الدعوى المباشرة ، قيد حق المؤمن فى استعمال هذا الدفع فى مواجهة المضرور.

غير أنه ليس بالضرورة أن يكون تخلف رضاء الشخص الخاضع للتجربة ، نتيجة خطأ القائم بها ، إذ أن الطبيب المحقق أو الطبيب الذى يمثله هو الذى يقع عليه عبء تلقى الرضاء الحر ، ولكن ليس هناك سوى القائم بالتجربة الذى تقوم مسئوليته فى مواجهة المضرور ، والذى - أى القائم بالتجربة - يدفع المؤمن مبلغ التأمين بدلاً منه .

---

(1) " L'assureur ne peut pas opposer à la victime : 1° Le fait que la recherche a été réalisée alors que le consentement n'avait pas été donné dans les conditions prévues aux articles L 209-9 ou L. 209-10 du code de la santé publique ou avait été retiré ; La franchise prévue à l'article 2050 ; 3°La réduction proportionnelle de l'indemnité (prévue à l'articleL.113-9 du code des assurancees) ; 4° La déchéance du contrat "

(٢) انظر آنفاً رقم ٢٣٢ ، ص ٤٣٨ وما بعدها .

وهذا الوضع يثير التساؤل عن مدى جواز رجوع القائم بالتجربة - بدوره - على الطبيب المحقق أو الطبيب الذى يمثله فى حالة تخلف الرضاء نتيجة خطأ أى منهما . وفى حقيقة الأمر فإن هذا الوضع ليس إلا أحد الصعوبات الناتجة عن تعقد التأمين فى نطاق المسئولية عن التجارب الطبية ، وهذا التعقد - بدوره - جاء نتيجة الطابع الجماعى للتأمين المبرم بواسطة القائم بالتجربة . (١)

[٢] عدم جواز الدفع بشرط الإعفاء من تغطية الكوارث الصغيرة :

كما سبق القول (٢) ، فإن شرط الإعفاء من تغطية الكوارث الصغيرة شرط يدرجه المؤمن فى وثيقة التأمين بهدف إعفاءه من تغطية الأضرار التى تقل عن مبلغ معين أو نسبة معينة من قيمة الخطر . وفى نطاق التأمين من المسئولية عن التجارب الطبية يتم الإتفاق على هذه الشروط بين المؤمن وبين القائم بالتجربة ، وتلك القيمة التى لا يلتزم المؤمن بتغطيتها لم يحددها القانون ، وبالتالى يترك هذا التحديد لاتفاق طرفى العقد ، وهذه القيمة تدخل كأحد عناصر تقدير الخطر ، ويترتب عليها خفض مقدار القسط الذى يلتزم القائم بالتجربة بأداءه .

وبطبيعة الحال ، فإن المؤمن لهم - بخلاف طالب التأمين ، وهو القائم بالتجربة - لا يسعهم أن يحاطوا علماً بمثل هذا الشرط فى الوثيقة مالم يطلبوا من هذا الأخير أن يطلعهم عليها ، أو أن يحصلوا من المؤمن على شهادة التأمين une attestation d'asurance التى يعدها بمناسبة إبرام عقد التأمين . (٣)

---

(1) H. Grroutel : op. cit. p. 3 .

(٢) انظر رقم ١٢٩ ، ص ٢٦٠ وما بعدها .

(3) H. Groutel : op. cit. p. 3 .

وهذه الشهادة تتضمن - وفقاً لنص المادة ٢٠٥٣ من مرسوم ١٤ مايو ١٩٩١ - البيانات المتعلقة بتحديد الأسس التشريعية والتنظيمية المطبقة ، واسم وعنوان شركة التأمين ، ورقم العقد ، ولقب وعنوان طالب التأمين ، وأخيرا تحديد التجربة التى يغطى التأمين المسئولية الناشئة عنها .

وهذه البيانات تعد تحديدا دقيقاً لمحتوى وثيقة التأمين ، وبالتالى تتيح الفرصة للمتدخل فى إجراء التجربة فى أن يحاط علماً بشروط الضمان المدرجة فى تلك الوثيقة .

ويبدو أن المشرع الفرنسى قد أراد أن يجنب المضرور مغبة إعسار المؤمن له ، وهو ما حدا به إلى أن يلزم المؤمن بتعويضه تعويضاً كاملاً ، وإهدار شرط عدم تغطية الكوارث الصغيرة فى العلاقة بين المؤمن والمضرور ، فحرم الأول من الإحتجاج بهذا الشرط فى مواجهة الثانى ، مع قيام حقه - أى المؤمن - فى الرجوع - من بعد - بموجب هذا الشرط على المؤمن له . ولا شك فى أن هذا المسلك من جانب المشرع الفرنسى أدنى إلى توفير الحماية للمضرور ، وأقرب إلى تحقيق المقصود من تقرير الدعوى المباشرة لهذا الأخير فى مواجهة المؤمن .

[٣] عدم جواز الدفع بالتخفيض النسبى للتعويض la réduction proportionelle de l'indemnité :

يقصد بالتخفيض النسبى للتعويض ذلك الجزاء الذى يوقع على المؤمن له حسن النية فى حالة إخلاله بالتزامه بإعلان بيانات الخطر وذلك وفقاً لنص المادة ١١٣ / ٩ من تقنين التأمين الفرنسى [١] ، والتى تقضى بإجراء التخفيض النسبى لمبلغ التعويض فى حالة كون البيانات المقدمة من المؤمن له غير صحيحة .

---

(١) يقابلها فى التقنين المدني المصري نص المادة ٧٦٤ / ٢ والتى تنص على " ... إذا ترتب على البيانات الخاطئة أو الغلط ، أن القسط المتفق عليه أقل من القسط الذى كان يجب أداؤه ، وجب تخفيض مبلغ التأمين بما يتعادل مع النسبة بين القسط المتفق عليه والقسط الواجب أداؤه على أساس السن الحقيقية " .

فالمؤمن وفقاً لهذا النص ، إذا اكتشف عدم صحة البيانات قبل تحقق الخطر ، يستطيع أن يختار إما زيادة القسط une majoration de la prime ، أو فسخ العقد une résiliation du contrat بعد مضى عشرة أيام من إخطار المؤمن له بذلك بخطاب مسجل بعلم الوصول ، أما فى حالة اكتشافه عدم صحة البيانات بعد تحقق الخطر ، فإنه يلجأ إلى التخفيض النسبى للتعويض ، وفى هذه الحالة الأخيرة فإن المؤمن يستطيع أن يحتج فى مواجهة المضرور بهذا التخفيض النسبى للتعويض ، وذلك مالم يكن هناك استثناء من نص أو اتفاق. (1)

وفى ضوء ذلك يمكن القول إن حرمان المؤمن فى نطاق التأمين من المسئولية عن التجارب الطبية من أن يحتج فى مواجهة المضرور بالتخفيض النسبى للتعويض ، هو استثناء تشريعى على الأصل العام الوارد فى المادة ١١٣ / ٩ من تقنين التأمين الفرنسى .

فالدفع بالتخفيض النسبى للتعويض لا يكون - إذاً - إلا فى مواجهة طالب التأمين (القائم بالتجربة دون غيره من المؤمن لهم) المتدخلين فى إجراء التجربة ، ويرجع ذلك - بداهة - إلى أن الإدلاء بالبيانات غير الصحيحة إنما كان منه وحده دونهم ، هذا فضلاً عن أن المؤمن حين يدفع التعويض إلى المضرور فإنه يدفعه بدلاً عن القائم بالتجربة الذى تقوم مسئوليته العقدية فى مواجهته عن الإدلاء بتلك البيانات. (2)

[٤] عدم جواز الإحتجاج بسقوط الضمان :

نبادر إلى القول بأن المشرع الفرنسى لم يوفق فى استعمال عبارة " سقوط العقد la déchéance du contrat ، إذ كان الأجدر به أن يستعمل عبارة " سقوط الضمان la déchéance de la garantie "، لأن السقوط لا يعدو أن يكون فقد المؤمن له حقه فى الضمان

---

(1) Cass. Civ. 1re,6déc.1994,R.C.A. 1995,Comm.67.
(2) H. Groutel : op. cit. p. 3 .

أو بعبارة أخرى ، فى تغطية مسئوليته عن الكارثة التى أخل بالتزامه بالإخطار عن تحققها ، دون أن يترتب على ذلك زوال العقد الذى يبقى قائماً بين طرفيه ، منتجاً كافة آثاره المتعلقة بالتزام المؤمن له بأداء الأقساط المستقبلة ، واحتفاظ المؤمن بالأقساط السابقة ، كما يظل حق المؤمن له قائماً فى تغطية الكوارث المستقبلة . (١)

فإذا كان ضمان القائم بالتجربة يسقط فى مواجهة المؤمن ، فإن هذا الأخير لايستطيع أن يتمسك بهذا السقوط فى مواجهة المضرور.

ولكن يثور التساؤل حول تحديد الملتزم بالإخطار عن تحقق الكارثة ، فإذا قلنا بأنه هو القائم بالتجربة بوصفه طالب التأمين الملتزم عقدياً فى مواجهة المؤمن ، وهو ما يبرر رجوع هذا الأخير عليه بما دفعه إلى المضرور.

وهنا يثور تساؤل آخر، هل يجوز للمؤمن الرجوع على المتدخل فى التجربة المسئول ، والحال أنه غير ملتزم بالإخطار عن تحقق الكارثة ؟ يبدو أن مثل هذا الرجوع غير ممكن (٢) ، إذ أنه على الرغم من تحقق الضرر نتيجة فعله الشخصى ، وبالتالى قيام مسئوليته الشخصية عن هذا الضرر، إلا أن سقوط الضمان لا يمكن أن يعزى إليه ، وإنما - فحسب - إلى الملتزم بالإخطار عن تحقق الكارثة ، وهو القائم بالتجربة طالب التأمين .

---

(1) Picard et Besson : " traité général des assurance terrestres " I,no. 214 .
(2) H. Groutel : op. cit. p. 3 .

الباب الثانى

آليات الضمان المكملة لنظام التامين من المسئولية فى المجال الطبى

٢٣٩- تمهيد وتقسيم :

نعالج فى هذا الباب آليتين للضمان هما صندوق الضمان والتعويض عن طريق الدولة بوصفهما وسيلة حمايه إضافية إلى جانب نظام التأمين من المسئولية ، ونتناول كلا من هاتين الآليتين فى فصل مستقل .

الفصل الأول : التعويض عن طريق صندوق الضمان .

الفصل الثانى : التعويض عن طريق الدولة .

الفصل الأول
التعويض بطريق صندوق الضمان

٢٤٠- تمهيد وتقسيم :

على الرغم مما يحققه نظام التأمين من المسئولية - بوجه عام - من مزايا بما يكفله للمضرور من الحصول على حقه فى التعويض بمجرد حدوث الضرر، ودون حاجة إلى الخوض فى إجراءات قضائية تستغرق وقتا طويلا ، فضلا عن تجنيبه مخاطر إعسار المسئول الذى تقف موارده المحدودة عائقا دون مواجهة الأضرار البالغة التى قد تلحق بالمضرور، نقول على الرغم من كل تلك المزايا ، إلا أنه لا يمكن الجزم بأن التأمين من المسئولية وحده يستطيع أن يكفل الحماية الكاملة للمضرور فى جميع الحالات .[١]

فثمة حالات تخرج عن حدود تلك الحماية التى يقررها نظام التأمين من المسئولية ، كعدم إبرام المسئول عقد تأمين من مسئوليته ، أو أن يكون مبلغ التأمين غير كاف لجبر الأضرار التى لحقت بالمضرور .

لذلك فإن الحاجة تكون ماسة إلى سد الثغرات التى قد تعترى التأمين كآلية أساسية للتعويض ، وسبيل ذلك هو إنشاء ما يسمى بصندوق الضمان fonds de garantie .

وقد أخذ المشرع الفرنسى بنظام صندوق الضمان فى العديد من التشريعات المختلفة ، كصندوق الضمان عن حوادث السيارات بموجب قانون ٣١ ديسمبر ١٩٥١ [٢] ، الذى تلاه قانون ١١ يوليو ١٩٦٦ ثم قانون ٧ يونيو ١٩٧٧ [٣] ، كما أخذ بهذا النظام لتعويض بعض الأضرار

(١) انظر فى ذات المعنى ، محمد نصر رفاعى : " الضرر كأساس للمسئولية المدنية فى المجتمع المعاصر " رسالة دكتوراة مقدمة إلى جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٤٧٨ .

(2) G. Viney : " L'indemnisation des victimes d'accedents de la circulation " L.G.D.J. 1992, p. 144

(3) Henri Margeat : " La ligne démarcative entre la solidarité et l'assurance " , Gaz. Pal. 23 jan. 1993, p. 81 .

الجسدية الناجمة عن أعمال الشغب ، وذلك بموجب القانون رقم ٥ /٧٧ الصادر فى ١٩٧٧ والمعدل بقانون ٢ فبراير ١٩٨١ ، ثم بقانون ٨ يوليو ١٩٨٣ (١) ، وكذلك صندوق الضمان المتعلق بمكافحة الإرهاب وحماية أمن الدولة الصادر بالقانون رقم ١٠٢٠ / ٨٦ فى ٩ سبتمبر ١٩٨٦ والذى تعدل أكثر من مرة (٢) ، كما قرر الأخذ بهذا النظام لتعويض الأشخاص الذين يصابون بمرض الإيدز نتيجة عمليات نقل الدم ، وذلك بموجب القانون رقم ١٤٠٦ / ٩١ فى ٣١ ديسمبر ١٩٩١ . (٣)

وفى مصر لم يأخذ المشرع بنظام صندوق الضمان - بوجه عام - رغم أن مشروعا بقانون قد طرح منذ فترة طويلة بخصوص حوادث السيارات ليعالج القصور فى نظام التأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات (٤) ، الأمر الذى دعا البعض (٥) ، إلى إقتراح مشروع بإنشاء صندوق خاص بتعويض الأضرار الناتجة عن عمليات نقل الدم ، وذلك على غرار الصندوق المنشئ فى فرنسا لتعويض الأشخاص الذين يصيبهم مرض الإيدز نتيجة تلك العمليات .

وقد أخذت بعض الدول العربية (٦) ، بنظام صندوق الضمان خاصة فيما يتعلق بالأضرار الجسدية عن حوادث السيارات ، وهو اتجاه محمود نأمل فى امتداد قاعدته ليشمل ضمان الأضرار الجسدية أيا كان مصدرها ، لا سيما ما يرجع منها إلى النشاط الطبى .

فهذا الأخير تبرز بخصوصه أهمية إنشاء مثل هذا الصندوق ، خاصة أن فلسفة تعويض المخاطر المرتبطة به ذات صلة وثيقة بفكرة إنشاء هذا الصندوق ، وإذا قدر لهذا الأخير أن يظهر فى

---

(1) M. Le Roy : " L'évalution du préjudice corporel " , 11 éd. Litec 1988, no. 277 .
(2) A. d'Hauteville : " L' indemnisation des dommages subis par les victimes d'attentats " R.G.A.T. 1987, p. 329 .
(3) H. Margeat : op. cit., p. 82

(٤) أبو زيد عبد الباقى : " التأمين من المسئولية المدنية عن حوادث السير . دراسة مقارنة بين النظامين المصرى والفرنسى " رسالته للدكتوراة المقدمة إلى جامعة القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ٤٩ .

(٥) محمد عبد الظاهر : " مشكلات المسئولية المدنية فى مجال عمليات نقل الدم " سابق الإشارة ، ص ١٨٧ ومابعدها .

(٦) وعلى سبيل المثال المملكة المغربية ، وذلك بموجب الظهير الصادر فى ١٩٥٥/٢/٢٢ ، وقد صدر بتنفيذه القرار الوزارى فى ٢٣ / ٢ / ١٩٥٥ المعدل بالظهير رقم ٣٠/ ٦ / ١٩٥٥ (الصالح الحسن : التأمين الإجبارى على السيارات ومشاكله العملية ، مجلة المحاماة المغربية ١٩٧٨ ، ع ١٣ ، س ١١ ، ص ٤٩ ، كما أخذت تونس أيضا بهذا النظام بموجب المرسوم رقم ٢٣ / ٦٢ الصادر فى ١٩٦٢/٨/٣٠ (الرائد الرسمى فى ٤ / ٩ / ١٩٦٢ ، ص ١٣٢٩) .

وفى ضوء ذلك يمكن أن نتناول هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : فلسفة تعويض المخاطر الطبية من منظورالتعويض عن طريق صندوق الضمان .

المبحث الثانى : أداء صندوق الضمان .

المبحث الأول

فلسفة تعويض المخاطر الطبية من خلال منظور التعويض عن طريق صندوق الضمان

٢٤١- ضرورة إنشاء صندوق لضمان المخاطر الطبية :

فى فرنسا ، لايكاد مشروع قانون أو اقتراح بخصوص إيجاد آلية فعالة لتعويض المخاطر الطبية يخلو من الإشارة إلى ضرورة إنشاء نظام صندوق الضمان ، وعلى الرغم من ذلك - ومما يثير الدهشة - أن أياً منها لم يقدر له أن يدخل إلى حيز التنفيذ . (١)

وإذا كان تمويل مثل هذا النظام يعد حجر العثرة فى سبيل تحققه ، إلا أن هذه المشروعات لم تتفق - فضلاً عن هذه الصعوبة - على ما إذا كان مثل هذا النظام يكون بديلاً للتأمين من المسئولية فى المجال الطبى أم مكملاً له . (٢)

وغالب الظن أن مثل هذا النظام تتبدى أهميته فى سد ما قد يعترى نظام التأمين من المسئولية من ثغرات ، بحيث يؤدى النظامان دوراً متكاملاً .

---

(1) Y. Lambert- Faivre : " Droit des AL dommages corporels " 3 éd. 1996, no. 637, p. 727 .
(2) Ibid. p. 728 .

ويرتكز هذا التصور على أن نظام صندوق الضمان يجب أن يمثل المرحلة الثالثة والأخيرة فى تعويض المخاطر الطبية ، حيث تأتى قبله مرحلتان أساسيتان ، الأولى هى إصلاح قواعد المسئولية الطبية باعتناق مسئولية موضوعية نحد بها من صعوبة إثبات المسئولية كما هو الحال فى المسئولية الشخصية ، ثم تأتى المرحلة الثانية والتى تعتمد على إبرام التأمين من المسئولية الطبية ، وأخيرا يبرز نظام صندوق الضمان ، كنظام تكميلى ، يتقرر للمضرور الذى لايحصل على تعويض كامل للأضرار التى أصابته ، والتى تعذر تغطيتها بواسطة عقد التأمين .[1]

ويمكن تحديد أهمية صندوق الضمان بالنسبة لتعويض المخاطر الطبية فى الحالات التالية :

١- حالة عدم إبرام الطبيب المسئول تأمينا من مسئوليته وفى هذه الحالة يضمن الصندوق تعويض المضرور ضمانا كاملا ، ويكون للصندوق بعد ذلك الرجوع على الطبيب المسئول .[2]

وجدير بالذكر أن تحقق هذه الحالة - فى ظل عدم وجود تنظيم للتأمين الإجبارى من المسئولية الطبية - لا يقتصر على فرض عزوف الطبيب المسئول عن إبرام عقد التأمين ، وإنما من المتصور حدوث فرض آخر ، وهو رفض شركات التأمين ضمان بعض صور النشاط الطبى تماما ، فهذه الشركات عادة ما تجرى فحصا أوليا لطبيعة ونسبة المخاطر التى ينطوى عليها نشاط الطبيب طالب التأمين ، وقد يكون من نتيجة هذا الفحص أن ترفض منح أى ضمان لهذا الطبيب .[3]

٢- حالة احتجاج المؤمن بحالات استبعاد الضمان فى مواجهة المضرور : حيث يقوم الصندوق فى هذه الحالة كذلك بتعويض المضرور.

---

(1) Ibid. no. 638, p. 728 .
(2) Ibid. p. 728 .
(3) François Chapuuisat : " Le juge, l'assureur de responsabilité civile et les fonds d'indemnisation " , R.G.A.T. 1992, p. 787 .

ويستوى فى هذه الحالات أن تكون اتفاقية كاستبعاد بعض صور النشاط الطبى من نطاق الضمان [١] ، ومثال ذلك فى مجال التأمين من مسئولية مراكز نقل الدم ما نصت عليه وثيقة التأمين الجماعية لمراكز نقل الدم GATS [٢] ، من أنها لا تغطى المخاطر الناجمة عن تحقق الأضرار التى تصيب متلقى الدم متى لم يثبت أى خطأ فى جانب مركز نقل الدم [٣] ، وهو ما يعنى أنها تستبعد من الضمان المسئولية بدون خطأ .

كما يستوى فى تلك الحالات أن تكون قانونية كتلك المنصوص عليها فى لائحة ١٤ مايو ١٩٩١ المتعلقة بالتأمين الإجبارى من المسئولية فى مجال التجارب الطبية .[٤]

٣- حالة احتجاج المؤمن بتحديد الضمان : سواء كان هذا التحديد من حيث قيمة الضمان ، أو الأضرار المغطاة ، أو فى حالة دفع المؤمن بتقادم المسئولية محل الضمان .[٥]

ولا تقتصر ضرورة إنشاء صندوق الضمان على الحالات المتقدمة ، وإنما تبدو هذه الضرورة كذلك فى حالات إفلاس المؤمن أو فسخ عقد التأمين أو بطلانه .

ونظام الضمان الذى نأمل فى تحققه لا يعدو أن يكون جزءا أو فرعا من ضمان الأضرار الجسدية بوجه عام ، أيا كان مصدر هذه الأضرار، أى سواء نتجت عن ممارسة النشاط الطبى على تنوع مجالاته ، أو خارج نطاق هذا النشاط .

---

(١) انظر آنفا ، ص ٢٠٧ وما بعدها .

(٢) أبرمت هذه الوثيقة الجماعية فى أول يناير ١٩٩٠ ، ويطلق عليها GATS ، وهى الحروف الأولى من اسم الوثيقة Groupement d'Assurance de la Transfuision Sanguine، وهى ثمرة اتفاق جماعى بين مجموعات شركات التأمين(FFSA, GEMA, Mutualité agricole) وبين مراكز نقل الدم

(3) A. Combes : op. cit., p. 86 .

(٤) انظر آنفا ، ص ٤٣٦ وما بعدها .

(5) Lambert Faivre : op. cit., p. 728 .

٢٤٢- فلسفة تعويض المخاطر الطبية وارتباطها بفكرة صندوق الضمان :

لاتثور مشكلة حين نقرر تعويض المريض متى كان خطأ الطبيب ثابتا ، وبعبارة أخرى ، متى اعتمدنا الخطأ أساسا للمسئولية ، ولكن حين نقرر هذا التعويض بعيدا عن كل خطأ ، فإنه ينبغى معرفة الأساس الفلسفى لذلك .

فالحادثة الطبية ، كما يراهاالبعض [١] - بحق - ، ألم غير مستحق une souffrance imméritée [٢] ، وهو وصف يدفعنا إلى معرفة أساس اللجوء إلى مساهمة المجتمع فى تعويض مثل هذه الحادثة .

ولاشك أن مثل هذا المنطق لايتفق مع مبادئ الفلسفة التقليدية للمسئولية التى ترتكز على فكرة عدم إلقاء عبء ما يصيب المضرور على الغير ، إلا إذا كان ما أصابه من ضرر راجعا إلى خطأ هذا الغير .[٣]

والحقيقة أن تغطية الحادثة الطبية بلا خطأ تثير أكثر من مشكلة ، فمن جهة تثور مشكلة الذمم المالية التى يقع عليها عبء التعويض ، وهذه يمكن بحثها من خلال المرضى ، الأطباء ، منتجى الأدوية ، مراكز نقل الدم ، المؤمنين إلخ .

ومن جهة أخرى تثور مشكلة نطاق تغطية هذه الحادثة ، وبعبارة أخرى ، مدى تعويض المخاطر الطبية ، وهذه تتعلق بتحديد الضرر القابل للتعويض ، وأنواعه ، وقيمته .[٤]

وقد حسم المشرع الفرنسى هاتين المشكلتين بخصوص تعويض ضحايا الإيدز بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٩١ ، الذى أنشأ به صندوق ضمان تموله الدولة لتعويض هؤلاء الأشخاص ، ويتميز هذا

---

(1) François Ewald : " Philosophie l'indemnisation de l'aléa thérapeutique " .

(٢) أطلق هذا التعبير لأول مرة ، منذ أكثر من قرن ، بالنسبة لحوادث العمل ، Jules Favre ، وكان ذلك أمام الهيئة التشريعية ،حين أعلن أن هناك آلاما غير مستحقة ، وهو وصف قريب الشبه إلى حد كبير بآلام الحادثة الطبية (انظر المرجع السابق ، ذات الموضع) .

(3) F. Ewald : op. cit., p.42 .

(4) Ibid .

القانون بأنه قانون تعويض آلى يقدم التعويض الكامل للضرر.

ومما ينبغى الإلتفات إليه أن الحوادث الطبية اتخذت بعدا جديدا فى السنوات الأخيرة ، فلم يعد الخطر العلاجي أو الطبى خطرا ذو أثر فردى على أساس تصور العلاقة بين مريض يواجه طبيب أو فريق جراحى ، وإنما أصبحنا الآن نواجه أخطارا متسلسلة مترابطة تتعلق فى بعض الأحيان بمئات بل بآلاف الأشخاص ، وهو ما نلاحظه فى مجال نقل الدم .[1]

وهذا البعد الجديد يدفعنا إلى ضرورة ، بل وحتمية التحرر من التصور الفردى للتعويض وفقا للمبادئ التليدة للمسئولية ، فهذا التطور العلمى والتكنولوجى الذى يقف وراء تطور المخاطر الطبية ، يؤكد لدينا ضرورة أن يصحبه تقدم حتمى فى السلامة .[2]

ولا شك فى أن اعتناق التصور الجماعى لتعويض المخاطر الطبية ، والعمل على تحقيقه لن يجد أدنى صعوبة فى ظل اعتناق نظام صندوق الضمان ، فهو يمثل الوسيلة المكملة للتأمين من المسئولية من ناحية ، كما أنه يمثل الوسيلة الضرورية والناجعة لمواجهة مخاطر التطور العلاجى من ناحية أخرى .

٢٤٣ - التساؤلات التى يثيرها نظام صندوق الضمان :

يثير إنشاء صندوق ضمان للمخاطر الطبية أكثر من تساؤل ، وذلك فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لهذا الصندوق ، وما إذا كان من الممكن أن تتعدد صناديق الضمان بتعدد مجالات النشاط الطبى أم من الأفضل أن تتوحد ، وأخيرا يثور التساؤل عن كيفية تمويل مثل هذا الصندوق .

١- الطبيعة القانونية لصندوق الضمان :

ترجع أهمية التساؤل عن الطبيعة القانونية لصندوق الضمان إلى أن المشرع - على الرغم من أنه يأمل فى إصلاح الضرر، بل وأنشأ لهذا الغرض صندوقا للضمان فى فرنسا لتعويض ضحايا

---

(١) فقد بلغ عدد المصابين بالتهاب الكبد الوبائى نتيجة عمليات نقل الدم فى عام ١٩٩٥ حوالى أربعمائة ألف شخص . انظر المرجع السابق ، نفس الموضع

(2) F. Ewald : op. cit., p. 42

الإيدز - لم يشغل نفسه بتحديد الطبيعة القانونية لهذا الصندوق ، وإنما هو - بدلا من ذلك - أنشأ تنظيما من شأنه أن يزيد المشكلة غموضا . (١)

وآية ذلك أن صندوق التعويضات المنشأ فى ٣١ ديسمبر ١٩٩١ لتعويض ضحايا الإيدز فى فرنسا ، وإن كان هيئة اعتبارية تتمتع بشخصية قانونية مستقلة إلا أنه من الصعب تكييفها بأنها مرفق عام أو تخضع للقانون الخاص . (٢)

فالصعوبة تتمثل إذا فى أن المشرع يقر للصندوق بالشخصية القانونية ، كما يقرر له نوعا من الإستقلال المالى ، ولكن دون أن يصنف هذه الشخصية القانونية (٣) ، وهو ما فعله بخصوص صندوق ٣١ ديسمبر ١٩٩١ ، وإن كان من غير اليسير تجاوز تكييف هذا الأخير بأنه مؤسسة عامة ، لأنه - بطبيعة الحال - ليس شركة ولا جمعية . (٤)

٢- مشكلة وحدة أو تعدد صندوق الضمان :

والسؤال المطروح هنا هو هل يكون من الأفضل تعدد صناديق الضمان أو وحدتها ، وبعبارة أخرى ، هل نخصص لكل فئة من المخاطر الطبية صندوقا للضمان أم أن يكون لكافة المخاطر على تنوعها من حيث نسبة وقوعها أو مداها أو جسامتها صندوق واحد يتولى التعويض عنها ؟

لا يخلو أحد الخيارين من ميزة ترجحه وتدعم جانبه ، فتعدد الصناديق يؤيده أن الأضرار الطبية ذاتها متعددة وليست من نوع واحد ، كما أن مصادر التمويل كذلك ليست واحدة ، غير أن هذا التعدد - بالرغم من هذا الإعتبار العملى - قد يترتب عليه نوع من الإسراف وعدم المساواة ، وهى مثالب يمكن تفاديها بتوحيد صندوق الضمان . (٥)

---

(1) Jean-Marie Pontier : " La prise en charge collective de l'aléa htérapeutique l'Etat et les fonds de garantie " , mélange, 1995, p. 80 .

(٢) محمد عبد الظاهر : المرجع السابق ، ص ١٧٣

(3) J. M. Pontier : op. cit., p. 80 .
(4) Ibid .
(5) F. Quérol : " Le financement du fonds de garantie dans l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme " R.F.D.A., jan. 1988, p. 106 et s. =

والذى نراه مع جانب من الفقه [1] ، ضرورة بل حتمية التوحيد الجزئى لصناديق الضمان ، يشهد لذلك أن صندوق ٣١ ديسمبر ١٩٩١ قد أنشئ لتعويض ضحايا الإيدز ، ولكنه لا يستوعب – ماليا – ضحايا الكبد الوبائى (سى) الذى يعد وفقا لبعض التقارير مشكلة الصحة العامة فى عام ٢٠٠٠ . [٢]

فإذا كان توحيد صندوق الضمان يحقق أداء متوازنا فى سبيل تعويض ضحايا المخاطر الطبية ، إلا أن التوحيد المطلق أو الصارم قد لا تتوافر له هذه الميزة ، إذ يحسن أن يكون هناك صندوق خاص لتعويض بعض المخاطر كتلك الناجمة عن نقل الدم ، بل إن هذه أيضا يمكن تعددها على حسب العدوى التى يمكن أن تترتب على نقل الدم ، أما فيما يتعلق بأوجه النشاط الطبى الأخرى فيكون من الملائم – قدر الإمكان – تخصيص صندوق ضمان موحد لها .

وعلى أية حال ، فإن مسألة توحيد أو تعدد صندوق الضمان ترجع إلى إعتبارات الملائمة فى أداء دورها ، وهذه تقدرها السلطة القائمة على إنشاء صندوق الضمان .

٣- تمويل صندوق الضمان :

لعل هذه المسألة من أكثر المسائل إشكالية ، بل وأكثرها أهمية ، لأن فعالية دور صندوق الضمان كآلية تعويض تكميلية للتأمين من المسئولية الطبية ، تتوقف على ملاءة الذمة المالية لهذا الصندوق ، ومدى قدرته على احتواء مبالغ التعويض الهائلة التى يستحقها ضحايا المخاطر الطبية .

ولا نعتقد أن تمويل مثل هذا الصندوق يمكن أن يتم بمنأى عن تضافر العديد من المصادر والموارد ، ونتصور أن هذا التمويل يمكن أن يرتكز إلى أربعة محاور. [٣]

= وعلى الرغم من أن هذا الرأى قد طرح بخصوص صندوق تعويض ضحايا الإرهاب ، إلا أنه ليس هناك ـــ فيما نعتقد ـــ ما يحول دون الأخذ به فيما يتعلق بصندوق ضمان ليس ضحايا الإيدز فحسب ، وإنما فيما بصندوق تعويض المخاطر الطبية بوجه عام .

(1) J. M. Pontier : op. Cit., p. 80 .

(٢) تقرير منشور فى جريدة Le Monde عددها الصادر فى ٢٣ أبريل ١٩٩٣ ، وقد أعد هذا التقرير فى أغسطس ١٩٩٢ السيد J.-Y. Nau بناء على طلب من وزارة الصحة ، وقد أشار فى تقريره إلى أن عدد الأشخاص الذين من الممكن إصابتهم بالتهاب الكبد الوبائى يتراوح بين نصف مليون إلى ٢ مليون شخص .

(3) Lambert Faivre : op. cit., no. 639, p. 729 .

أ- جزء يتم تمويله عن طريق فرض ضريبة عامة على أفراد المجتمع ، وهذا المصدر يعد من قبيل التضامن الإجتماعى ، ويبرر ذلك أن هذا الصندوق يمثل – أساسا – آلية تضامن يستفيد منها هؤلاء الأفراد جميعا ، فكل منهم قد يكون فى وقت ما ضحية لمخاطر النشاط الطبى .

ب – جزء يتم تمويله من ميزانية وزارة الصحة ، وذلك عن الحوادث الطبية التى تقع فى المستشفيات العامة ، وتثبت مسئوليتها عنها .

جـ- جزء يتم تمويله عن طريق شركات التأمين ، وذلك وفقا لمعدلات ونسب يتفق عليها بين هذه الشركات .

د- جزء يتم تمويله عن طريق المرضى أنفسهم ، وهم المرضى الذين يتلقون علاجهم فى المستشفيات ، وهذا المصدر يعد مساهمة أو مشاركة خاصة من هؤلاء يختلف عن الجزء الذى يقع عاتقه على كافة أفراد المجتمع .

وإضافة إلى هذه المصادر السالفة ، وبالمقابلة للجزء الذين يتحمله مرضى المستشفيات ، نرى إضافة جزء يتم تمويله عن طريق الأطباء الذين تزيد أخطائهم عن حد معين .

ويتضح من موارد التمويل المتصورة لصندوق الضمان أنه يعتمد على مساهمة مزدوجة عامة وخاصة ، وهو ما يبرز الميزة الأساسية له وهى عدم صرامته ، كما يبرر اختيار صيغة صندوق الضمان ، فهو ليس من قبيل الخزانة العامة .[١]

---

(1) J. M. Pontier : op. cit., p. 79 .

المبحث الثانى
اداء صندوق الضمان

٢٤٤- تقسيم :

نتناول فى هذا المبحث بحث دور الصندوق فى تعويض المخاطر الطبية ، كما نتعرض للتنظيم الإجرائى الذى يحكمه ، وذلك فى مطلبين على التوالى :

المطلب الأول : دور صندوق الضمان فى تعويض المخاطر الطبية .

المطلب الثانى : التنظيم الإجرائى لصندوق الضمان .

المطلب الأول
دور صندوق الضمان فى تعويض المخاطر الطبية

٢٤٥- نطاق الدور الذى يلعبه صندوق الضمان فى المجال الطبى :

الدور التكميلى الذى يمكن أن يلعبه صندوق الضمان لا يقتصر فحسب على تعويض الأضرار المادية ، وإنما ينصرف كذلك إلى تعويض الأضرار الجسدية ، وهو الأمر الذى أكدت عليه مقترحات القانون التى تنادى بإنشاء صندوق ضمان للمخاطر الطبية .[١]

وكان أكثر الإقتراحات تفصيلا لمدى التعويض الذى يمكن أن يقدمه الصندوق ، أو لحدود الدور الذى يمكن أن يلعبه ، هو المشروع الذى قدم إلى مجلس الشيوخ فى عام ١٩٩٣ ، حيث عرض هذا الدور على النحو التالى :[٢]

---

(١) كمشروع القانون المقدم إلى مجلس الشيوخ فى ٢٨ أبريل ١٩٩٣، وتقدم به اثنان وعشرون عضوا .(Doc. Sénat no. 286) والمشروع الذى قدم إلى الجمعية الوطنية فى ١١ مايو ١٩٩٣ من ثلاث وعشرين عضوا ، بخصوص تعويض ضحايا الحوادث الطبية(Doc. Ass. nat., no. 164)

(2) Doc. Sénat, seconde session ordinaire 1992-1993, no. 286 .

١- أداء النفقات العلاجية ، وتكاليف الإقامة بالمستشفى .

٢- أداء التكاليف الإضافية عن النفقات العلاجية ، وبوجه خاص تكاليف نقل المضرور إلى مركز طبى أو تنقله بين أكثر من مركز.

٣- فى حالة إصابة المريض بعجز سواء كان مؤقتا أو دائما ، يلتزم الصندوق بأداء ما يعادل دخله أو المكاسب التى فاتته نتيجة هذا العجز ، ويكون ذلك فى حدود الحد الأدنى لمرتب أربعة شهور لذوى الدخل المتغير .

ويفرق الإقتراح فى هذا الصدد بين فرضين :

الفرض الأول : أن لا يكون المريض خاضعا لنظام التأمين الإجتماعى وفى هذه الحالة يقوم صندوق الضمان بأداء التعويضات الملائمة .

الفرض الثانى : أن يكون المريض خاضعا لنظام التأمين الإجتماعى :

وفى هذه الحالة يلتزم التأمين الإجتماعى ، فورا ومباشرة ، بأن يؤدى إلى المريض النفقات والتعويضات الواجبة بمقتضى القوانين واللوائح الخاصة التى تنظمه ، ويقوم صندوق الضمان بأداء الفرق بين هذه المبالغ التى يؤديهاالتأمين الإجتماعى ، وبين التعويض الذى يحدده القانون الذى يحكم صندوق الضمان .

وجدير بالذكر أنه يجب أن يوضع فى الإعتبار دائما تعويض الأضرار الجسدية بعيدا عن الخوض فى مشكلة توافر السببية من عدمه ، فهذه الأضرار يجب أن تعوض بصورة موضوعية .

٤- تعويض الأضرار التجميلية - نسبة إلى جراحة التجميل - والتى يكون من شأنها أن تخل ببقاء الشخص بصورة سوية بين أفراد المجتمع .

٥- فى حالة وفاة المريض ، يلتزم الصندوق بأن يؤدى إلى ورثته النفقات والتكاليف العلاجية التى لايتحملها نظام التأمين الإجتماعى ، فضلا عن التعويض المتمثل فيما فاتهم من كسب وما لحقهم من خسارة نتيجة وفاة مورثهم .

وبنظرة فى بنود هذا الإقتراح يمكن أن نلاحظ عليه أنه يحتفظ لصندوق الضمان بالدور التكميلى فى حالة عدم وجود تأمين اجتماعى ، أو فى حالة وجود هذا الأخير وعدم كفايته .

ومن جانبنا نرى أن هذا الدور التكميلى ليس بالضرورة ألا يبرح حدود العلاقة بين هذين النظامين ، فلا غضاضة فى أن يلعب صندوق الضمان هذا الدور فيما بينه وبين نظام التأمين من المسئولية الطبية .

فنظام التأمين الإجتماعى إذا كان يساهم بقدر ما فى تعويض ضحايا المخاطر الطبية من المنتفعين به ، فهو لا يمنع من قيام التكامل بين التأمين من المسئولية وبين صندوق ضمان المخاطر الطبية .

المطلب الثانى
التنظيم الإجرائى لأداء صندوق الضمان

٢٤٦ - تمهيد :

يقصد بالتنظيم الإجرائى لأداء صندوق الضمان إجراءات الحصول على التعويض ، والدعاوى المحتمل إقامتها من أو فى مواجهة الصندوق ، من حيث إجراءاتها .

ونود التنويه إلى أن هذا التنظيم الإجرائى لصندوق ضمان المخاطر الطبية ليس من الضرورة أن يأتى فى صورة مغايرة أو على نحو مخالف لصندوق ضمان ضحايا الإيدز الذى أنشأه المشرع الفرنسى فى ٣١ ديسمبر ١٩٩١ ، فليس هناك ما يحول دون الإستهداء بهذا التنظيم فى نطاق بحثنا .

ولذلك فإننا سنشير إلى ملامح هذا التنظيم بمناسبة الحديث عن التنظيم الإجرائى لصندوق ضمان المخاطر الطبية بوجه عام .[1]

٢٤٧- إجراءات الحصول على التعويض من الصندوق :

من المتصور أن تمر إجراءات الحصول على التعويض بمرحلتين :[2]

المرحلة الأولى - طلب التعويض :

ويقدم هذا الطلب من المريض – المضرور - أو من ذويه إذا تعذر عليه ذلك ، أو فى حالة وفاته ، ولذا فإنه يحسن أن يحدد القانون الأشخاص الذين يحق لهم طلب التعويض فى هذه الحالة ، وعند عدم تقدم أحد هؤلاء بطلب التعويض ، فإنه ينبغى تخويل من يلونهم فى درجة القرابة هذا الحق .

ومما ينبغى أن يحدده القانون كذلك هو ما إذا كان يجب على المريض أن يثبت علاقة السببية أم أنه يكفى اسناد الضرر إلى الفعل الطبى ، وبعبارة أخرى ، إثبات واقعة خضوعه للنشاط الطبى .

ولاشك فى أن عدم تطلب مثل هذا الإثبات - إثبات السببية - أدعى إلى توفير الحماية اللازمة للمريض وقد سلك المشرع الفرنسى فى قانون ٣١ ديسمبر١٩٩١ هذا المسلك حين جعل التعويض عن طريق الصندوق تعويضا آليا يكتفى فيه من المضرور بإثبات واقعة نقل الدم .

المرحلة الثانية : قيام الصندوق بدراسة الطلب :

ويعتمد الصندوق فى هذه المرحلة على ما يقدمه المضرور من بيانات ومعلومات ، وهو ذات الوضع المعتمد فى قانون ٣١ ديسمبر١٩٩١ .

---

(١) انظر فى عرض هذا التنظيم ، محمد عبد الظاهر فى بحثه سالف الإشارة " مشكلات المسئولية المدنية فى مجال عمليات نقل الدم " ص ١٧٢ وما بعدها .

(2) J. M. Pontier : op. cit., p. 82 et s.

ومن الجدير بالذكر هنا أن قرار الصندوق بالموافقة على تعويض المضرور أو برفض هذا التعويض لا ينبغى أن يعد قرينة على قيام مسئولية الطبيب أو المستشفى فى مواجهة المضرور، وقد اقترح فى مجلس الشيوخ عند وضع قانون ٣١ ديسمبر ١٩٩١ إضافة نص مؤداه ألا تكون لقرارت اللجنة المكلفة بدراسة طلبات التعويض أى أثر على قيام مسئولية مركز نقل الدم

وبالنسبة لقيمة التعويض فيتم تقديرها وفقا لقواعد تقدير التعويض عن الأضرار الجسدية .

٢٤٨ - الدعاوى التى يمكن إقامتها من أو فى مواجهة الصندوق :

من المتوقع - بطبيعة الحال - أن يثير أداء صندوق الضمان العديد من الدعاوى سواء كانت مقامة من جانبه، أو مقامة فى مواجهته .

ويكون للمضرور الرجوع على الصندوق - كما هو الحال بالنسبة لصندوق ضمان ضحايا الإيدز - إذا رفض طلبه بالتعويض، أو عند عدم الرد عليه خلال المدة التى يحددها القانون، أو عند عدم قبوله هو - أى المضرور - مقدار التعويض الذى يعرضه الصندوق .

وإذا كان لا يجوز استبعاد حق المضرور فى الرجوع على الصندوق، إلا أنه يمكن استبعاد هذا الحق متى حصل المضرور على التعويض الذى طلبه، أو إذا حصل على أقل مما طلب متى وافق عليه . (١)

ويثور التساؤل عن القضاء المختص بالمنازعات التى تقوم بين الصندوق وبين المضرورين

والحقيقة أن اسناد هذا الإختصاص إلى إحدى جهتى القضاء العادى أو الإدارى ليس من شأنه أن يزيل صعوبة الأمر، ويمكن الإستشهاد على ذلك بمسلك المشرع الفرنسى فى قانون ٣١

---

(1) J. M. Pontier : op. cit., p. 84 .

ديسمبر ١٩٩١ ، حيث اعترف بالشخصية المعنوية للصندوق دون أي تحديد آخر ، واسند الإختصاص القضائى إلى جهة القضاء العادى - محكمة استئناف باريس - ، ومثل هذا التحديد يفضى إلى إزدواج فى الإختصاص القضائى .[١]

فإذا اعتبرنا الصندوق مؤسسة عامة ، فإن كل المنازعات التى يكون طرفا فيها لا يمكن أن تدخل جميعها فى اختصاص القضاء العادى ، فهذا الأخير لا يختص إلا بالنظر فى القرارت الخاصة بالتعويض ، وليس بكل المنازعات التى يكون الصندوق طرفا فيها ، فبعض هذه المنازعات يمكن ألا ينتج عن تلك القرارت .[٢]

ومثل هذا الحال يضعنا أمام اختصاص قضائى مزدوج ، ولذلك فإن مسألة تحديد القضاء المختص بدعاوى الصندوق ينبغى على المشرع أن ينتبه إلى ما يمكن أن تثيره من صعوبات .

وفى نهاية هذا العرض لصندوق ضمان المخاطر الطبية ، ينبغى التأكيد دائما على الطابع التكميلى للدور الذى يؤديه إلى جانب نظام التأمين من المسئولية ، فهما متوازيان غير متعارضين يمكن ، بل يلزم ، التنسيق بينهما من أجل تحقيق مبدأ التعويض الكامل لكل من يصيبه ضرر من جراء النشاط الطبى .

---

(1) Ibid., p. 84 .
(2) Ibid., p. 84 .

الفصل الثانى
التعويض عن طريق الدولة

٢٤٩ - تمهيد :

تبرز أهمية دور الدولة فى تعويض المخاطر الطبية فى تلك الحالات التى نكون فيها بصدد ما يمكن أن نطلق عليه " كارثة طبية une catastrophe médicale " ، وعدم وجود آلية تضطلع بالتعويض ، حيث تلتزم الدولة فى مثل هذه الحالات أن تأخذ على عاتقها عبء القيام بهذا الدور. (١)

ويقتضى بحث هذا الدور الذى تقوم به الدولة أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعرض فى أولهما لتطور مفهوم مسئولية الدولة ، ونتناول فى الثانى خصائص تعويض المخاطر الطبية عن طريق الدولة .

المبحث الأول
تطور مفهوم مسئولية الدولة

٢٥٠- تمهيد :

يمكن القول إن مفهوم مسئولية الدولة عن تعويض الضرر العلاجى ، قد مر بمرحلتين ، أولهما هو الإتجاه نحو الفصل بين المسئولية والتعويض أوالتأكيد التدريجى للتعويض المستقل عن المسئولية ، وثانيهما هو الإستقرار على التعويض بدون مسئولية .

---

(1) Lambert-Faivre : " Droit des dommages corporels " op. cit., no. 639, p. 729 .

٢٥١- الإتجاه نحو الفصل بين المسئولية والتعويض :

فى بادئ الأمر، لم يكن من الممكن أن تلتزم الدولة بتعويض أى ضرر ناشئ عن نشاطها الخاضع لقواعد القانون العام ، إلا إذا ثبتت مسئوليتها عن هذا الضرر، غير أن هذا التلازم بين ثبوت مسئولية الدولة وبين إلتزامها بالتعويض قد طرأ عليه تطور مزدوج وملموس .

فمن ناحية ، لم يعد القضاء يستلزم توافر الخطأ الجسيم فى المجال الطبى للقول بمسئولية السلطة العامة عن تعويض المخاطر الطبية [١] ، وذلك على أساس أن مسئولية الإدارة عن الحوادث الطبية التى تقع فى المؤسسات العلاجية العامة هى مسئولية عن تقديم الخدمات [٢] ، بحيث تقوم مسئوليتها على أساس الخطأ البسيط عندما يكون الضرر ناتجا عن سوء تنظيم أو سوء إدارة المرفق ، أو عن سوء تقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى بصفة عامة . [٣]

ومن ناحية ثانية ، لم يقف التطور عند هذا الحد ، بل تجاوزه إلى درجة التخلى عن استلزام توافرالخطأ واجب الإثبات للقول بقيام المسئولية إلى اعتناق المسئولية بلا خطأ ، والتزام الدولة بالتعويض - كمسئول أخير - بتعويض الأضرار التى لا تجد ملتزما بالتعويض عنها كالكوارث الطبيعية [٤] ، والتى يمكن أن تكون الكوارث الطبية إحدى صورها .

ومما هو غنى عن الذكر أن التزام الدولة بالتعويض فى مثل هذه الحالات لا يقرره القضاء ، وإنما يفرضه القانون .

٢٥٢- ملامح جديدة للتعويض بلا مسئولية مثبتة :

وأول هذه الملامح الجديدة هو أساس هذا التعويض ، والذى نجده فى فكرة المساواة بين المواطنين ، والتى ظهرت جليا فى الكثير من الحالات التى منح فيها المشرع التعويض [٥] ، أخذا

(1) T.A. de Nantes 30 juill. 1991, A.J.D.A. 1992, p. 179 ; C.E. 4 nov. 1970, A.J.D.A. 1971, p. 178.
(2) François Ewald : "' philosophies de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique " mélange, 1995, p. 37 .
(٣) حمدى على عمر : " المسئولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة " رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق ، سنة ١٩٩٥ ، ص ٤١ .
(٤) محمد إبراهيم الدسوقى : " المسئولية الملتقية بين الجماعية والفردية " مجلة المحاماة س ٥٤ ، ع ١ / ٢ ، يناير وفبراير ١٩٧٤ ، ص٩٠.
(5) J. M. Pontier : op. cit., p. 75 .

بمبدأ التضامن الإجتماعى الذى اعتنقه فى تعويض العديد من الأضرار، كتلك الناجمة عن حوادث الإرهاب، وتلك الناتجة عن انتقال عدوى مرض الإيدز الأمر الذى يغدو معه التضامن الإجتماعى طريقا مكملا لنظام التأمين من المسئولية .[١]

ومن الملامح الجديدة - كذلك - لهذا التعويض، ما يتعلق بآلية أداءه، حيث تلتزم الدولة به دون أن يكلف ضحايا الكوارث الطبية بإثبات قيام المسئولية، وهو ما يعنى أن هذا التعويض هو تعويض آلى مرتبط بتحقق الضرر، ويدور معه وجودا وعدما .

ويترتب على ذلك، أنه لا محل لإعفاء الدولة من هذا الإلتزام، ويرجع ذلك إلى أن المخاطر المرتبطة بالمجال الطبى لا يمكن أن تصل إلى درجة الصفر، وهو ما يستتبع امتناع القول بقيام القوة القاهرة كسبب لإعفاء الدولة من المسئولية لتخلف أحد شروطه بصفة شبه دائمة، وهو شرط عدم التوقع، فالخطر الطبى دائما متوقع، وليس هناك خطر فى المجال الطبى يمكن أن نطلق عليه " خطر منعدم Risque Zéro " .[٢]

المبحث الثانى
خصائص التعويض عن طريق الدولة

٢٥٣- تمهيد :

يتميز تدخل الدولة فى مجال تعويض المخاطر الطبية بأنه من ناحية تدخل مكمل من حيث المبدأ، ومن ناحية أخرى تدخل متنوع من حيث طرقه .

---

(1) J.M. Pontier : " L'indemnisation des victimes contaminées par le virus du sida " (loi du 31 déc. 1991), act. législ. D., 12 mars 1992, p. 35 .
(2) J. M. Pontier : " La prise en charge collective de l'aléa thérapeutique " op. cit., p. 76 .

٢٥٤- أولا : تدخل مكمل من حيث المبدأ :

إن تأكيد الطابع التكميلى لتدخل الدولة لتعويض المخاطر المرتبطة بالضرر العلاجى يعنى أمرين ، الأول هو الطابع الإحتياطى لهذا التدخل ، والثانى هو الطابع الضرورى له .

١- الطابع الإحتياطى لتدخل الدولة :

ولايقصد بالطابع الإحتياطى لتدخل الدولة ، القول بأنه تدخل فرعى ، وإنما يقصد به أنه تدخل تكميلى ، حيث لا يبرز دور الدولة فى تعويض المخاطر الطبية إلا فى حالة عدم وجود أو عجز آليات التعويض الأخرى عن تعويض تلك المخاطر .

ومؤدى هذا التفسير لمفهوم الطابع الإحتياطى لتدخل الدولة أن دور هذه الأخيرة ليس موازيا لنظام التأمين من المسئولية الطبية ، وهى النتيجة التى سيفضى إليها تفسير الطابع الإحتياطى لتدخل الدولة بأنه تدخل فرعى .

٢- الطابع الضرورى لتدخل الدولة :

فلا يعنى القول بأن تدخل الدولة ذو طابع تكميلى أنه ليس ضروريا ، بل العكس هو الصحيح ، فهذا التدخل يبدو حتميا لتلبية مقتضيات العدالة التى ينشدها ضحايا المخاطر الطبية .

فتأمين المسئولية الطبية الذى يمثل آلية التعويض الأساسية ، لا يشكل الحل الكافى فى جميع الحالات ، لا سيما عند وقوع الكوارث الطبية التى ينوء بتعويضها نظام التأمين ، يضاف إلى ذلك حالة ما إذا امتنع المؤمنون عن ضمان مخاطر طبية معينة ، كما أن هناك حالات معينة تبدو فيها الأضرار التى تترتب على استخدام عقار أو منتج دوائى معين غير منظورة حال إبرام عقد التأمين من المسئولية ، ومن ثم فإن مثل هذه الأضرار تكون خارجة عن نطاق الضمان ، ولا يكون هناك من سبيل لتعويضها سوى أن تتدخل الدولة ، فدور هذه الأخيرة ، فى مثل هذه الحالات ، على الرغم من أنه مكمل ، إلا أنه يبدو ضروريا .[(١)]

---

(1) J. M. Pontier : " La subsidiarité en droit administratif " R.D. publ., p. 1515 .

٢٥٥- ثانيا : تدخل متنوع فى طرقه :

إذا ما وضعنا فى الإعتبار تقنيات القانون العام ، فإننا نجد أن تدخل الدولة يأخذ إحدى صورتين ، إما المساعدات ، وإما التعويض .

فالدولة تتبع سياسة المساعدات ، فتمنح تلك المساعدات إلى طائفة أو فئة من المجتمع ممن أصابتهم كوارث عامة كالزلازل والسيول والأوبئة وما إلى ذلك ، دون أن تثور مسألة مسئولية الدولة ، حيث ترتكز هذه المساعدات على فكرة المنحة التى تجود بها الدولة على رعاياها ، دون أن يكون لهؤلاء الحق فى التمسك أو المطالبة بها .

وهذه السياسة - سياسة المساعدات - لا تعدو أن تكون مجرد مساهمة من الدولة تشكل مظهرا لاهتمامها بالضحايا الجديرين بالإهتمام les victimes digens d'attention ، كما يعلن المشرع ذلك فى العديد من الحالات .(٢)

أما فى نطاق تعويض المخاطر الطبية ، كما فى حالة تعويض ضحايا الإيدز ، فإن الدولة تتبع سياسة التعويض ، وهى سياسة تقوم أساسا على فكرة أن تعويض ضحايا تلك المخاطر حق لهم وليس منحة ، كما أن فكرة المسئولية تظل مرتبطة بها ، وغالبا ما يكون التعويض كاملا بحيث يغطى كافة الأضرار التى تلحق بضحايا المخاطر الطبية .(٣)

ومن الناحية الفنية ، فإن تدخل الدولة لتعويض المخاطر الطبية إما أن يكون بطريق استخدام ميزانية التكاليف المشتركة ، أو بطريق تخصيص بند فى الميزانية العامة (٤) ، وهذا الأسلوب الأخير تم استخدامه فى واقعة هامة عرفت باسم قضية هرمون النمو الملوث l'hormone de croissance contaminée ، وهو المرض المعروف باسم creutzfeldt-jakob ، وهو مرض خطير يصيب الأطفال - بصفة خاصة - بتليف الجهاز العصبى .

---

(1) J. M. Pontier : " La prise en charge collective de l'aléa thérapeutique " , op. cit., p. 77 .
(2) Ibid., p. 78 .
(3) Ibid., p. 78 .
(4) Ibid., p. 78 .

فقد قررت الدولة - بخصوص هذه الواقعة - أن تتحمل بالكامل تعويض ضحايا هذا المرض [١] ، الذين لم يتجاوز عددهم الخمسمائة شخص ، وذلك على بند خاص من ميزانية كل من وزارتى الشئون الإجتماعية والصحة [٢].

وجدير بالملاحظة أن هذا الحل لا يؤخذ به إلا حيث يكون عدد الضحايا محدودا ، وهو ما يؤكد على خصوصية الدور الذى تقوم به الدولة لتعويض ضحايا المخاطر الطبية ، والذى يتمثل فى مواجهة الكوارث الطبية التى تقع بصورة مؤقتة ، وتصيب فئة أو طائفة من المجتمع .

وذلك بخلاف ما لو كان الخطر دائما ويتعلق بعدد مرتفع ، أو غير محدود ، من الضحايا ، فإنه يكون من المحتم – حالئذ - اللجوء إلى آلية أخرى للتعويض ، بالرجوع إلى نظام صندوق الضمان ، والذى تفضله السلطة العامة فى الكثير من الحالات . [٣]

---

(١) ويعد هذا القرار من الدولة بتحمل تعويض هؤلاء الضحايا ، إقرارا منها بالمسئولية ، وهى مسئولية بلا خطأ من جانبها .

(2) Le Mond, 30 oct.,1993, p. 13 ; Le Mond 1re nov. 1993, p. 9.

وقد جاء فى إعلان الدولة عن تحملها تعويض هؤلاء الضحايا عن طريق وزارتى الشئون الإجتماعية ، والصحة " أن هذا التعويض سوف يتم وفق معدل محدد ، كما هو الحال بالنسبة لتعويض ضحايا مرض الإيدز ، حيث يتم تحديد ثلاث مستويات للأضرار ، وهى الأضرار الخاصة بالعدوى ، والأضرار الإقتصادية ، والأضرار الأدبية .

(3) J. M. Pontier : op. cit., p. 78

الخــــــاتمة :

نستطيع الآن ، وقد فرغنا من البحث موضوع الدراسة ، أن نتوقف عند خلاصته والنتائج التى يمكن أن يقدمها ، وهو ما نستعرضه من خلال النقاط التالية :

١- استهللنا هذه الدراسة بإلقاء الضوء على حقيقة عقد التأمين من المسئولية مستهدفين من ذلك التمهيد له ، والتعريف به ، وبيان حكمه فى الفقه الإسلامى ، حيث أوضحنا أن هذا العقد يهدف إلى ضمان النتائج المالية التى تترتب على تحقق مسئولية الطبيب المؤمن له ، وذلك عند رجوع - الغير - المريض المضرور عليه بالتعويض ، وأن العقد بهذا التحديد يندرج تحت تأمين الأضرار ، وهو ما يميزه عن صورة أخرى من صور التأمين قد تلتبس به ، وهى تأمين الإصابات ، والتى تندرج تحت تأمين الأشخاص ، حيث تهدف إلى تعويض المؤمن له - المضرور - نتيجة ما لحقه شخصيا من إصابات نتيجة فعل صادر من الغير .

٢- كما ألمحنا إلى أن التأمين من المسئولية الطبية تأمين عن خطر غير محدود ، حيث يتعذر تقدير قيمة التعويض الذى ستنشغل به ذمة المؤمن له وقت إبرام العقد ، وإن كان لايتعارض مع ذلك أن يتفق فى العقد على تحديد حد أقصى لمبلغ التعويض الذى يلتزم به المؤمن .

٣- وانتقلنا من بعد إلى بيان حكم العقد فى الفقه الإسلامى ، واقتضى ذلك منا أن نعرض لموقف هذا الفقه من حرية إنشاء أو استحداث عقود جديدة ، حيث رأينا أن هناك اتجاهين فى الفقه يذهب أحدهما إلى أن الأصل فى العقود الإباحة ، ويذهب الآخر إلى عكس ذلك ، فيقرر أن الأصل فى العقود هو الحظر ، وخلصنا فى ضوء استعراض حجج الفريقين إلى ترجيح الأول وقبوله ، الأمر الذى يعنى أن عقد التأمين لا يمكن منعه أو حظره لمجرد أنه عقد مستحدث مالم يشبه محظور شرعى يفسده . ولذلك شرعنا فى عرض هذا العقد على المحظورات الشرعية الثلاث ، وهى الغرر ، والمقامرة ، والربا ، وخلصنا بعد عرض أدلة المانعين للتأمين والمبيحين له إلى أن هذه المحظورات تشوب العقد ، رغم أن فكرة التأمين فى ذاتها تقوم على معانى التعاون والتضامن . ثم عرضنا إلى بعض آراء الفقه التى تقيس عقد التأمين من المسئولية على بعض النظم الشرعية كعقد ولاء الموالاة ،

ونظام العاقلة ، حيث بينا أن حجج هذه الآراء لم تسلم من النقد والتفنيد . لذلك اختتمنا مسألة حكم العقد فى الفقه الإسلامى بالإشارة إلى التأمين التبادلى كتنظيم تعاونى لا يصطدم مع قواعد الشريعة الغراء ومقاصدها .

٤- وبنهاية هذا التمهيد ، بدأنا فى دراسة أحكام عقد التأمين من المسئولية الطبية ، فخصصنا الباب الأول من القسم الأول لهذه الدراسة لتناول محل الضمان فى العقد ، وهو المسئولية الطبية التى يبرم الطبيب المؤمن له العقد ضمانا لها ضد رجوع الغير - المريض - عليه بالتعويض ، ولأن هذه المسئولية بقواعدها التقليدية المؤسسة على الخطأ تعانى من العديد من المشكلات ، فقد آثرنا أن نتناول هذه المشكلات التى لم يسلم منها أى من أركان تلك المسئولية .

٥- وقد رأينا أن الخطأ كان له حظ وافر من ذلك ، وهو ما بدا ، من ناحية ، فى غموض ماهيته وصعوبة تمييزه عن مجرد الغلط الذى لا تترتب عليه أية مسئولية للطبيب ، نظرا لصعوبة وضع معيار أو حد فاصل بينهما ومن ناحية ثانية ، فى مشكلة عبء إثباته فى حالة إخلال الطبيب بحق المريض فى الرضاء المتبصر ، وليس أدل على دقتها أنه لم يمنع القضاء الفرنسى استقراره نصف قرن على إلقاء هذا العبء على عاتق المريض ، أن يهدر ما استقر عليه طيلة هذا الوقت ، ويلقى بهذا العبء على عاتق الطبيب ، معتنقا مفهوما جديدا لنص المادة ١٣١٥ من التقنين المدنى ، الأمر الذى دعا الفقه الفرنسى إلى أن يضع هذا الإتجاه الجديد لمحكمة النقض موضع التعليق والتمحيص ، بين مؤيد له ومعارض .

ومن ناحية ثالثة ، فقد بدت تلك المشكلات فى أجلى صورها وأكثرها دقة ، فيما يتعلق بوقوع الخطأ داخل الفريق الطبى أو الجراحى ، حيث تثور مشكلة توزيع المسئولية بين أعضاء هذا الفريق ، وقد تتبعنا مراحل تطور القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص ، تلك المراحل التى كشفت عن مدى صعوبة المشكلة ، والذى أدى إلى تأرجح القضاء الفرنسى وتردده فى ترسيخ مبدأ ثابت ، فتارة يأخذ بمبدأ المسئولية العقدية للجراح عن أخطاء أعضاء الفريق الجراحى ، وتارة يعتنق مبدأ استقلال كل عضو بمسئوليته عن الآخر ، وتارة ثالثة يهتدى إلى فكرة مسئولية الفريق الجراحى ، إلى

أن عاد واستقر أخيراً على مبدأ استقلال المسئولية مع وجود إلتزام متبادل بالمشورة بين الجراح وطبيب التخدير .

وعرضنا من ناحية رابعة لمشكلات الخبرة فى إثبات الخطأ الطبى ، والتى تتعدد جوانبها وتتضافر لتمثل فى بعض الأحيان عائقاً أمام المريض يحول بينه وبين إثبات خطأ الطبيب .

وفى ختام هذا المبحث عرضنا للإتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية والمتمثل فى اعتناقها فكرة التمييز بين الحادثة الطبية ، وبين مجرد إخفاق العلاج ، حيث ذهبت المحكمة إلى وجوب الأخذ بالمسئولية غير الخطئية فى الحالة الأولى ، وأن الحالة الثانية هى المجال الطبيعى لتطبيق المسئولية الخطئية .

أما الضرر فقد طرأ على مفهومه التقليدى - الذى يقصر الحق فى التعويض على الضرر المحقق الحال - فكرة التعويض عن تفويت الفرصة ، وهى فكرة عكست اتجاه القضاء نحو التوسع فى منح المضرور التعويض حتى فى تلك الحالات التى كان الضرر فيها محتملاً ، على أساس أن مجرد تفويت الفرصة على المريض فى الشفاء يعد فى ذاته ضرراً محققاً مستحق التعويض .

٧- أما علاقة السببية فهى من أكثر أركان المسئولية المدنية دقة ، لاسيما فى المجال الطبى حيث تتداخل العديد من الأسباب التى تساهم فى إحداث الضرر، كما أن أسباب الإعفاء من هذه المسئولية لم تعد تمتلك ذات القدر من الأهمية التى لها على أثر ازدهار نظام التأمين من المسئولية ، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسى فى بعض الأحكام الهامة له ، كما أخذ به المشرع الفرنسى فى خصوص التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات ، وذلك فى قانون ٥ يوليو ١٩٨٥ ، وكان من أثر هذا التطور أن تظل مسئولية محدث الضرر قائمة حتى ولو توافر أحد أسباب الإعفاء من المسئولية .ومن جانبنا فقد رأينا ضرورة الأخذ بهذا الحل فيما يتعلق بالتأمين من المسئولية الطبية لتحقق ذات علة تطبيقه ، وهى وجود عقد التأمين من المسئولية ، فضلاً عن أن جدارة ضحايا النشاط الطبى فى الحصول على التعويض لاتقل عن جدارة ضحايا حوادث السيارات .

٨- وبعد أن عرضنا لتلك المشكلات ، انتقلنا منها إلى تحديد نطاق الخطر محل الضمان ، حيث رأينا ، من ناحية ، أن عقد التأمين من المسئولية يمكن أن يغطي مسئولية الطبيب المؤمن له سواء كانت هذه المسئولية عقدية أو تقصيرية ، وسواء كانت قائمة على الخطأ أم لا ، كما أنه يمتد ليشمل مسئولية الطبيب المؤمن له عن فعل الغير سواء كان هذا الغير أحد تابعيه أو طبيب بديل له ، وكذلك مسئوليته عن حوادث الآلات ، كما رأينا أن هذا العقد لايغطى سوى مسئولية الطبيب المؤمن له عن نشاطه المحدد فى وثيقة التأمين .

٩- كما رأينا ، من ناحية أخرى ، أن الضمان الناشئ عن العقد ليس ضمانا مطلقا ، فهناك حالات يستبعد فيها هذا الضمان ، وهذا الإستبعاد إما أن يتقرر وفقا لإرادة المشرع ، وهو الإستبعاد القانونى ، حيث يحظر التأمين من المسئولية الجنائية للمؤمن له ، وكذلك مسئوليته المدنية الناشئة عن الخطأ العمدى ، وهذا النوع من الإستبعاد تقرره القواعد العامة ، وإما أن يتقرر باتفاق طرفى العقد ، وهو الإستبعاد الإتفاقى ، وقد رأينا أن هذا النوع من الإستبعاد يزخر بالعديد من الأمثلة التى يشترط فيها المؤمن استبعاد مسئولية الطبيب المؤمن له الناشئة عن بعض صور النشاط الطبى لما يترتب عليها من أضرار جسيمة ، ولايقبل ضمانها إلا نظير زيادة خاصة فى قسط التأمين .

١٠ - وبعد أن بحثنا محل الضمان ، والذى أفردنا له الباب الأول من القسم الأول لهذه الدراسة ، انتقلنا منه إلى تناول حكم هذا الضمان ، وهو ما خصصنا له الباب الثانى من هذا القسم ، وقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين ، أولهما كان لحدود الضمان ، أما الثانى فكان لتطبيق الضمان .

١١- وفيما يتعلق بحدود الضمان ، فقد عرضنا لها ، من ناحية ، من حيث الأضرار التى يضمن المؤمن مسئولية المؤمن له الناتجة عن تحققها ، وقد رأينا أن عقد التأمين من المسئولية الطبية يضمن المطالبات بالتعويض الناشئة عن الأضرار سواء كانت هذه الأخيرة جسدية أو مادية أو غير مادية .

كما عرضنا لهذه الحدود ، من ناحية ثانية ، من حيث مدة الضمان ، أو حدود الضمان من حيث الزمان ، وهى من المسائل بالغة الدقة والأهمية إذ تتعلق بتحديد مفهوم الكارثة التى تحتسب

مدة الضمان فى ضوئها، وقد رأينا كيف كانت هذه المسألة مجالا خصبا لاختلاف الفقه ، وتطور القضاء ، وقد طرحنا أتجاهات الفقه بخصوصها ، وانتهينا إلى أن الفقه الحديث يرى - فى ضوء تحليله لمراحل المسئولية المدنية - أن الكارثة هى الواقعة الضارة ، وليست مطالبة المضرور بالتعويض ، كما تتبعنا تطور القضاء الفرنسى بخصوص هذه المسألة ، وموقفه من الشروط المحددة لمدة الضمان ، حيث انتهى فى آخر مراحل تطوره إلى بطلان هذه الشروط ، وعدم صحتها إلا فى حالة وجود نص قانونى أو لائحى يجيزها ، وهو ما تقرره بعض اللوائح المنظمة لبعض صور التأمين من المسئولية ، وخلصنا من ذلك إلى عدم جواز إدراج مثل هذه الشروط فى عقود التأمين من المسئولية الطبية حيث لاوجود لمثل هذا النص القانونى أو اللائحى ، وعليه فإن ضمان المؤمن يشمل أى مطالبة بالتعويض ولو كانت لاحقة على تاريخ انقضاء عقد التأمين متى كانت هذه المطالبة تجد أساسها فى واقعة ضارة وقعت أثناء سريان هذا العقد ، وهو أمر تبدو أهميته بوجه خاص فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، حيث لا تظهر الأضرار التى يمكن أن تترتب على نشاط الطبيب المؤمن له ، فى غير قليل من الحالات ، قبل فترة طويلة قد تكون عدة سنوات ، أى بعد انقضاء مدة عقد التأمين ، والتى تتحدد عادة بمدة سنة .

وآخر ما عرضنا له بخصوص حدود الضمان ، هو حدود الضمان من حيث القيمة ، حيث طبقنا على العقد المبدأ التعويضى تطبيقا للقواعد العامة فى تأمين الأضرار ، ومقتضى ذلك أن الطبيب المؤمن له ينحصر حقه فى التعويض بين حدين هما مبلغ التأمين ، إن كان التأمين محدودا بقيمة معينة ، وقيمة الضرر ، فيستوفى قيمة هذا الأخير فى حدود الأول ، وهذا ما لم يكن قد أبرم تأمينا من المسئولية غير محدود بقيمة معينة لمبلغ التأمين ، حيث يلتزم المؤمن هنا بضمان مسئوليته أيا كانت قيمة النتائج المالية المترتبة عليها .

١٢- أما فيما يتعلق بتطبيق الضمان ، فقد رأينا أن السبيل إلى ذلك أحد طريقين ، إما الطريق الودى ، أو الطريق القضائى والأول يتم عن طريق الصلح ، وقد عرضنا بخصوصه لثلاث نماذج يمكن أن تتم التسوية الودية أو الصلح من خلال أحدها ، وهى النموذج الفرنسى المعروف بنظام الموفق الطبى ، والنموذج الألمانى المعروف بنظام اللجان الطبية ، والنموذج السويسرى

المعروف بنظام مكاتب الخبرة ، كما بحثنا فى أثر الغلط - كأحد عيوب الإرادة - على صحة عقد الصلح فى حالة تفاقم الضرر بعد إجراء هذا الصلح ، وهو ما تبدو أهميته فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية ، حيث تحتل الأضرار الجسدية مكاناً بارزاً فيه ، وانتهينا إلى أن الغلط لايؤثر على صحة عقد الصلح مالم يكن هذا الغلط قد وقع فى طبيعة الضرر ، وليس فقط فى درجة جسامته ، وتناولنا كذلك - وفقاً للقواعد العامة - الشروط المتعلقة بالصلح فى وثيقة التأمين ، سواء ما يتعلق منها بمنع المؤمن له من التصالح ، منفرداً مع المضرور ، أو ما يتعلق منها باستئثار المؤمن بالحق فى إجراء الصلح مع المؤمن .

أما الثانى ، وهو تطبيق الضمان بالطريق القضائى ، فقد عرضنا فيه لثلاث مسائل ، الأولى هى دعوى المسئولية من المضرور فى مواجهة المسئول ورجوع هذا الأخير على المؤمن بالضمان ، والثانية هى الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن حيث بحثنا هذه الدعوى من حيث أساسها القانونى ، وممارستها، وآثارها ، وقد حرصنا فى دراسة هذه الدعوى على إنزال أحكامها التفصيلية على عقد التأمين من المسئولية الطبية لاسيما فى شروط تطبيقها وآثارها ، وأما المسألة الثالثة التى عرضنا لها بخصوص التطبيق القضائى للضمان ، فهى رجوع المؤمن على الغير المسئول ، حيث إن إحداث الضرر يمكن أن يقع من غير الطبيب المؤمن له ، وفى مثل هذه الحالة يجوز للمؤمن الذى أدى مبلغ التعويض أن يرجع على هذا الغير المسئول بما دفعه ، وذلك بالشروط وفى الحدود التى نص عليها القانون .

١٣- وبعد أن إنتهينا من دراسة القسم الأول ، انتقلنا إلى دراسة القسم الثانى ، والمتعلق بالتنظيم التشريعى للتأمين من المسئولية الطبية ، وقد قسمناه إلى بابين خصصنا أولهما لدراسة حالات التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية فى فرنسا ، وبحثنا فى الثانى آليات التعويض المكملة لنظام التأمين من المسئولية .

١٤- وبخصوص الباب الأول فقد قسمناه إلى فصلين ، الأول درسنا فيه التأمين من المسئولية لمراكز نقل الدم ، أما الثانى فقد أفردناه لبحث التأمين من المسئولية عن إجراء التجارب الطبية .

١٥- ففيما يتعلق بالتأمين من المسئولية لمراكز نقل الدم فقد عالجناه من خلال البحث في طبيعة إلتزام هذه المراكز فى ضوء أحكام القضاء الفرنسى التى أقامت مسئولية هذه المراكز الناشئة عن أضرار تلوث الدم حتى فى تلك الحالات التى يستحيل عليها فيها اكتشاف الفيروس المسبب لهذه الأضرار، حيث لم تعتبر هذه الإستحالة سبباً أجنبياً معفياً من المسئولية، الأمر الذى انعكس على علاقة شركات التأمين بهذه المراكز، حيث ترتب على هذا الموقف من القضاء تحمل تلك الشركات بمبالغ تعويض هائلة نتيجة إلتزامها بتغطية مسئولية مراكز نقل الدم فى تلك الحالات، وقد ناقشنا الأسس القانونية لهذه الأحكام، والتى تمثلت فى ثلاث، وهى ضمان العيوب الخفية، وضمان مخاطر التقدم العلمى، والإلتزام بالتسليم، وخلصنا من هذه المناقشة إلى عدم دقة الإستناد إلى هذه الأسس فى خصوص مسئولية تلك المراكز، وأنه يجب التسليم بانتفاء مسئوليتها فى حالة استحالة اكتشاف أى فيروس جديد غير معروف من قبل، وأن الحل فى مثل هذه الحالة يكون عن طريق الأخذ بنظام صندوق الضمان، أو التعويض عن طريق الدولة.

كما تناولنا نطاق الخطر المؤمن منه، ورأينا، من ناحية، أن التأمين يغطى مسئولية المراكز فى حالات منصوص عليها فى لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ المنظمة لهذا التأمين، وهى المسئولية الناشئة عن الأضرار التى تصيب فئات محددة من الأشخاص وهم متلقى الدم والمتبرع به والمتعاون مع المركز على سبيل التطوع، وكذلك المسئولية الناجمة عن أفعال تابعى المركز وحوادث الآلات الخاصة به، ومسئوليته عن حوادث التسمم الغذائى، وعن حالات القصور الوظيفى له، وأخيرا عن توزيع الدم أو أحد مشتقاته، ومن ناحية ثانية، فإنه يستبعد من العقد مسئولية المركز الناشئة عن تلوث الدم بمرض الإيدز، حيث أن تعويض ضحايا هذا المرض يتم عن طريق صندوق الضمان الصادر بإنشائه قانون ٣١ ديسمبر ١٩٩٠، كما أن هناك حالات أخرى مستبعدة من الضمان ما لم يكن هناك اتفاق خاص على شمولها بالضمان. وبحثنا أخيرا نطاق الضمان فى عقد التأمين من مسئولية مراكز نقل الدم، من حيث الزمان، حيث رأينا تطبيق المبدأ الذى استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية، والذى يقضى بعدم جواز تحديد مدة الضمان إلا فى حالة وجود نص قانونى أو لائحى بذلك، وتطبيقا لهذا المبدأ فإن مدة الضمان فى هذه العقود محددة بخمس سنوات وفقا لما نصت عليه

اللائحة المذكورة تالية لانقضاء مدة العقد ، كما عرضنا لحدود الضمان من حيث القيمة ، حيث رأينا أن هناك اتجاهين فى القضاء الفرنسى ، يذهب أحدهما إلى تحديد قيمة الضمان ، ويذهب الآخر إلى تطبيق مبدأ الضمان الكامل ، وخلصنا بصدد تقدير هذين الإتجاهين إلى ترجيح الأول دون الثانى لاتفاقه مع النص العام الوارد فى لائحة ٢٧ يونيو ١٩٨٠ ، واختتمنا بحثنا فى التأمين من مسئولية مراكز نقل الدم ببيان الآثار المالية المترتبة على هذا الإتجاه بالنسبة لكل من المؤمن والمؤمن له – المركز – والمضرور .

١٦- أما فيما يتعلق بالتأمين من المسئولية عن إجراء التجارب الطبية ، فقد تناولناه من خلال إلقاء الضوء على تنظيم إجراء التجارب الطبية فى فرنسا . كما عرضنا لدراسة نطاق المسئولية محل الضمان ، حيث عرضنا بخصوص ذلك إلى مسألتين ، الأولى هى تحديد الأشخاص الذين يغطى العقد مسئوليتهم ، وهم الشخص القائم بالتجربة – طالب التأمين – والمتدخل أو المساهم فى إجراء التجربة ، والطبيب المراقب لإجراء التجربة ، والثانية هى أساس مسئولية القائم بالتجربة ، حيث فرقنا بين حالتين ، حالة إجراء التجربة دون استهداف غاية علاجية ، وهى التجربة العلمية ، وفى هذه الحالة تقوم مسئولية القائم بالتجربة ولو بدون خطأ من جانبه ، والحالة الثانية ، حالة إجراء التجربة بهدف تحقيق غاية علاجية ، وهى التجربة العلاجية ، وتقوم مسئولية القائم بالتجربة فيها على أساس الخطأ المفترض حيث وضع المشرع قرينة على توافر الخطأ ، وهى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس . تناولنا كذلك نطاق الضمان فى هذا النوع من تأمين المسئولية الطبية ، من حيث مدة الضمان ، وهى وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٠٥٢ من مرسوم ١٤ مايو ١٩٩١ ، عشر سنوات تحتسب من تاريخ انتهاء التجربة ، وهو ضمان لاحق على انقضاء العقد ومحدود بمدة معينة ، لكنه صحيح لأنه مقرر بنص لائحى ، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسى بالنسبة للشروط المحددة لمدة الضمان ، كما عرضنا لنطاق الضمان من حيث القيمة ، حيث رأينا أن المشرع الفرنسى قد وضع حداً لقيمة الضمان ، ولم يضع حداً أقصى لذلك ، الأمر الذى يخشى معه – عملاً – أن يكون هذا الحد الأدنى هو الحد الأقصى لقيمة الضمان ، كما عرضنا كذلك لحالات استبعاد الضمان ، وهى حالات قانونية مصدرها نصوص القانون ، وهى حالات محددة تتعلق جميعها بالأفعال التى

يمكن أن تقع من القائم بالتجربة بالمخالفة للضوابط والشروط المحددة قانوناً لإجراء التجربة الطبية ، حيث يستبعد الضمان فى أى من هذه الحالات . وبحثنا أخيراً الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة مؤمن مسئولية القائم بالتجربة ، من حيث أساسها ، والذى يتمثل فى نص المادة ٢٠٥١ من مرسوم ١٤ مايو ١٩٩١ ، كما تناولنا هذه الدعوى كذلك من حيث آثارها ، والمتمثلة فى تقييد دفوع المؤمن فى مواجهة المضرور ، وهى دفوع نصت عليها المادة سالفة الذكر على سبيل الحصر .

١٧- أما بخصوص الباب الثانى من هذا القسم فقد عرضنا فيه لآليات التعويض المكملة لنظام التأمين من المسئولية الطبية ، وطرحنا فى هذا الخصوص وسيلتين يمكن الإرتكاز إليهما ، الأولى تتمثل فى التعويض عن طريق صندوق الضمان ، والثانية فى التعويض عن طريق الدولة .

١٨- فأما التعويض عن طريق صندوق الضمان ، فقد أوضحنا مدى أهمية إنشاء مثل هذا الصندوق فى نطاق تعويض المخاطر الطبية ، ومدى ارتباط هذا التعويض بفكرة صندوق الضمان ، كما عرضنا لإشكاليات إنشاء هذا الصندوق سواء من حيث طبيعته القانونية ، أو من حيث الخيار بين صندوق موحد أو صناديق متعددة ، أو من حيث تمويل هذا الصندوق . كما عالجنا مسألة أداء الصندوق لدوره فى تعويض المخاطر الطبية ، والتنظيم الإجرائى لأداء هذا الدور ، من حيث إجراءات طلب التعويض ، أو الدعاوى التى يمكن أن يكون الصندوق طرفاً فيها .

١٩- وأما التعويض عن طريق الدولة ، فقد أبرزنا خصائص هذا التعويض ، وركزنا على أن قيام الدولة بهذا الدور ليس من قبيل التبرع أو الإحسان ، وإنما هو التزام قانونى عليها ، خاصة فيما يتعلق بما يمكن أن نطلق عليه الكوارث الطبية .

٢٠ - وفى نهاية هذا العرض لأهم نقاط البحث ، نستطيع أن نقرر أنه يجب الإعتراف بأن القواعد التقليدية للمسئولية المدنية فى المجال الطبى والقائمة على الخطأ لابد ان تتطور استجابة لما شهده نظام التأمين من المسئولية بوجه عام ، ونتصور أن تكون ملامح هذا التطور كما يلى :

أولا - تحرير أركان المسئولية الطبية من الصبغة الشخصة التى تقوم عليها ، وهو ما بدا ، على سبيل المثال ، فى اتجاه المشرع فى تقرير مسئولية بلا خطأ فى بعض الحالات كما هو الحال بالنسبة للتجارب العلمية ، كما بدا كذلك فيما اعتنقه القضاء من فكرة تعويض الكارثة الطبية بصرف النظر عن وجود الخطأ من عدمه ، وما قرره من الأخذ بفكرة التعويض عن تفويت الفرصة .

ونرى فى هذا الخصوص .

١- إقرار الاتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية والذى بدا فى حكمها الصادر فى ٢٥فبراير ١٩٩٧ مقررا القاء عبء إثبات تنفيذ التزام الطبيب بتبصير المريض على عاتق الأول خلافا لما استقر عليه الوضع من قبل .

٢- الأخذ بفكرة استقلال المسئولية بين كل من الجراح وطبيب التخدير مع وجود التزام متبادل بالمشورة بينهما .

٣- أن يعهد بمهمة الخبرة فى المجال الطبى للجنة لدى كافة أعضائها الكفاءة فى المجالين الطبى والقانونى على حد سواء ، وذلك تفاديا لأية تجاوزات يمكن أن تقع إذا ما ترك الأمر لخبراء من أهل الطب فقط

٤- الأخذ بفكرة الحادثة الطبية كأساس للتعويض بعيدا عن فكرة الخطأ فى حالة تعذر استظهار هذا الأخير ، وقصر تطبيق هذه الفكرة الأخيرة على حالة فشل العلاج أو الجراحة .

٥- ضرورة التسليم بالدور المؤثر لنظام التأمين من المسئولية فى المجال الطبى على اسباب الإعفاء من المسئولية بحيث نقرر جواز ضمان مسئولية الطبيب المؤمن له حتى فى تلك الأحوال التى يساهم فى احداث الضرر أحد الأسباب الأجنبية المعفية من المسئولية ، وذلك قياسا على ما أقره المشرع الفرنسى فى قانون ٥ يوليو ١٩٨٥ الخاص بتعويض ضحايا حوادث السيارات ، حيث أحدث هذا القانون هزة عنيفة فى القواعد التقليدية لأسباب الإعفاء من المسئولية بأن سلبها دورها فى إبعاد شبح المسئولية عن محدث الضرر. خاصة وأن المشرع الفرنسى لم يكن ليقدم على هذا إلا بفضل وجود نظام التأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات .

ونرى فى هذا الخصوص :

١- أن يغطى التأمين من المسئولية فى المجال الطبى مسئولية الطبيب المؤمن له سواء كانت عقدية أو تقصيرية ، وسواء قامت هذه المسئولية على فكرة الخطأ أو بدون خطأ .

٢- أن يغطى العقد مسئولية الطبيب المؤمن له وكذا الاخطاء التى تقع من تابعيه وبدلائه ، كما يغطى مسئوليته عن حوادث الآلات التى يستخدمها فى ممارسة نشاطه .

٣- أن يقتصر الضمان على النشاط الطبى المأذون للطبيب المؤمن له مزاولته قانونا ، والذى يكون محددا فى وثيقة التأمين .

٤- أن يتجنب استبعاد بعض صور النشاط الطبى من الضمان بعبارات غير محددة ، وذلك تفاديا لما يلجأ إليه بعض المؤمنين من إستخدام مثل هذه العبارات للتخلص من تبعة إلتزامهم الناشئ عن عقد التأمين .

٥- أن يشمل الضمان الناشئ عن عقد التأمين مسئولية الطبيب المؤمن له الناجمة عن الأضرار التى تصيب المريض سواء كانت هذه الأضرار جسدية أو مادية أو غير مادية .

٦- عدم إقرار الشروط التى يدرجها المؤمن عادة ، والتى يقصد بها تحديد ضمانه من حيث الزمان ، والأخذ بما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية فى آخر مراحل تطورها من بطلان هذه الشروط ، حيث قررت أن الضمان الناشئ عن عقد التأمين من المسئولية- بوجه عام ـ ضمان غير محدود ، مادام أن المطالبة بالتعويض قد تمت بخصوص فعل وقع أثناء سريان العقد ، وأبطلت الشروط الإتفاقية المحددة لمدة الضمان ، حيث لم تجز هذا التحديد إلا إذا كان مقررا بقانون أو بلائحة .

٧- تطبيق المبدأ التعويضى عن عقد التأمين من المسئولية المدنية للأطباء بوصفه نوعا من تأمين الأضرار.

٨- يمكن أن تتم تسوية النزاع بين الطبيب المؤمن له والمريض بصورة ودية عن طريق الإستعانة بأحد النماذج التى عرضنا لها فى هذا الخصوص ، وهى النموذج الفرنسى (الموفق الطبى) ، النموذج الالمانى (اللجان الطبية) ، النموذج السويسرى (مكاتب الخبرة) .

٩- التسليم بحق المريض فى دعوى مباشرة فى مواجهة المؤمن ، وتأسيس هذا الحق على فكرة العدالة .

١٠- دراسة تنظيم التأمين الإجبارى من المسئولية فى التشريع الفرنسى كما عرضنا له فى مجالى مسئولية مراكز نقل الدم ، والمسئولية عن إجراء التجارب الطبية بهدف الإستهداء بما قد يكون فيه من مزايا .

١١- أن يضطلع فقهاء وعلماء الشريعة الغراء بتنقية عقد التأمين مما يشوبه من محظورات شرعية فى سبيل تطبيق فكرة التأمين من المسئولية المدنية للأطباء تطبيقاً سليماً خالياً من أى محظور شرعى ، وقد سبق أن رأينا أنهم قد أجازوا صورة التأمين التعاونى كتصور غير مناقض لأصول ومقاصد الشريعة الغراء .

ثالثاً- ايجاد آليات تعويض تكميلية لنظام التأمين من المسئولية ، لمواجهة الحالات التى يقصر هذا النظام عن ضمانها .

ونرى فى هذا الخصوص :

١- إنشاء صندوق ضمان لمواجهة المخاطر الطبية ، على أن يتم التوحيد الجزئى لصناديق الضمان المتعلقة بالأنشطة الطبية المختلفة ، والتنسيق بينها .

٢- أن تأخذ الدولة على عاتقها تعويض ضحايا الكوارث الطبية شأنها شأن أية كارثة طبيعية أخرى تقوم الدولة بمواجهتها ، على ألا يكون ذلك من قبيل المنح والمساعدات ، بل من قبيل أداء إلتزام حقيقى على الدولة ، وعلى أن يتم تعويض هؤلاء الضحايا بالمبالغ الملائمة والتى تتناسب مع حرمة وقدسية الإنسان ، وإن كانت هذه الأخيرة لا يمكن تقويمها أو تقديرها بمبلغ أياً كان .

ونرى أن هذه الملامح أو الخطوات يجب أن تتم جميعها لأن كلاً منها يرتكز على سابقه ، وهى تكفل جميعاً حماية أكبر للمريض ، ومناخاً أفضل للطبيب لممارسة عمله .

قائمة المراجع باللغة العربية

القسم الأول
مراجع فى فقه الشريعة الإسلامية

●- القرآن الكريم

أولا – مراجع فى التفسير والحديث

●- ابن العربى (الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله المتوفى سنة ٥٣٤ هـ)

- أحكام القرآن ، ط ١ ، سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، تحقيق محمد عبد القادر عطا .

●- ابن ماجة: (محمد بن يزيد الربعى القزوينى ، المكنى بأبى عبد الله ، المولود سنة ٢٠٩ هـ ، المتوفى سنة ٢٧٣ هـ) .

- سنن ابن ماجة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى .

- شرح سنن ابن ماجة ، للإمام ابى الحسن الحنفى المعروف بالسندى ، دار الجيل بيروت .

●- أبو داود : (سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو بن عامر ، المولود سنة ٢٠٢هـ ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ)

- عون المعبود شرح سنن أبى داود ، للعلامة ابى الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى مع شرح الحافظ بن القيم الجوزية ، ضبط وتحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، ط٢ ، ١٣٨٩ هـ ، ١٩٦٩ م ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

●- ابن حجر الهيتمى : (الإمام شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمى)

- الفتح المبين لشرح الأربعين ، طبعة المطبعة العامرة الشرفية ، القاهرة ، ١٣٢٠ هـ .

●- أحمد بن حنبل : (أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد ، المكنى بأبى عبد الله ، المولود سنة ١٦٤ هـ ، المتوفى سنة ٢٤١ هـ) .

- مسند أحمد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ترقيم محمد عبد السلام عبد الشافى .

● - البخارى : (الإمام المحدث الحافظ أبو عبد الله محمد بن أبى الحسن اسماعيل بن إبراهيم المغيرة المولود ١٩٤ هـ ، المتوفى ٢٥٦ هـ)

- صحيح البخارى ، ضبط وترقيم د .مصطفى ديب البغا .

●- البغوى : (الإمام الحافظ أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء)

- شرح السنة ، طبعة المكتب الإسلامى بدمشق .

●- الترمذى : (محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمى الترمذى ، المكنى بأبى عيسى ، المولود سنة ٢٠٩ هـ ، المتوفى سنة ٢٧٩ هـ) .

- سنن الترمذى ، دار الفكر ، ط ٢ ، سنة ١٩٨٣ ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان .

- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى للإمام الحافظ ابى العلى محمد بن عبد الرحمن المباركفورى (١٢٨٣ هـ ، ١٣٥٣ م) ، ضبطه وراجع أصوله وصححه عبد الرحمن محمد عثمان ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، ١٣٨٥ هـ ، ١٩٦٥ م .

●- الجصاص :(الإمام أبو بكر الرازى الجصاص)

- أحكام القرآن ، دار الكتاب العربى ، بيروت

●- الخطابى : (الإمام احمد بن محمد البتى الشهير بالخطابى)

- معالم السنن شرح سنن أبى داود ، طبعة المطبعة العلمية ، حلب ، ١٣١٥ هـ .

●- الدارمى : (عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد التميمى السمرقندى ، المكنى بأبى محمد ، المولود سنة ١٨١ هـ ، المتوفى سنة ٢٥٥ هـ) .

- سنن الدارمى .

●- الرازى : (الإمام فخر الدين الرازى)

- مفاتيح الغيب المسمى بالتفسير الكبير ، المجلد الثالث ، ط ٣ ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت

●- الشوكانى : (الإمام المجتهد محمد بن على ، المتوفى ١٢٥٠ هـ) .

- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، دار الحديث ، القاهرة .

- النسائى : (أحمد بن شعيب بن على بن سنان بن بحر، المكنى بأبى عبد الرحمن، المولود سنة ٢١٥ هـ، المتوفى سنة ٣٠٣ هـ).

- سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى وحاشية الإمام السندى ، مراجعة الشيخ محمد حسن المسعودى .

- النووى : (محى الدين يحى بن شرف النووى)

- شرح الأربعين النووية ، تحقيق ابو حذيفة إبراهيم بن محمد ، دار الصحابة للتراث .

- الأصفهانى : (أبو القاسم حسين بن محمد بن أبى الفضل المعروف بالراغب الأصفهانى)

- مفردات ألفاظ القرآن للأصفهانى ، المطبعة الميمنية ، القاهرة ، ١٣٢٤ هـ .

- مسلم : (مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد القشيرى النيسابورى ، المتوفى ٢٦١هـ).

- صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى .

ثانياً - مراجع فى فقه المذاهب الفقهية

(١) المذهب الحنفى :

- ابن عابدين : (محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ).

- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار إحياء التراث العربى ، ط٢ ، ١٤٠٧ هـ ، ١٩٨٧ م ، وكذا الطبعة الثانية ١٩٦٦ ، مطبعة الحلبى .

- العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ، طبعة بولاق ، ١٢٧٠ هـ .

- ابن الهمام : (كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام).

- فتح القدير شرح الهداية للمرغينانى ، وتكملته لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زادة ، المطبعة الكبرى الأميرية ١٣١٦ هـ .

- ابن قاضى سماونة : (الشيخ محمد بن ابراهيم ، المتوفى سنة ٨٢٣ هـ).

- جامع الفصولين ، وبهامشه حاشيته المسماة باللآلئ الدرية ، المطبعة الأزهرية .

- ابن نجيم : (العلامة زين الدين بن نجيم الحنفى)

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان .

● - البغدادى : (العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادى)

- مجمع الضمانات ، دار الكتاب الاسلامى .

● - الزيلعى : (فخر الدين بن على الزيلعى ، المتوفى ٧١٣ هـ) .

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد بن يونس الشلبى ، المطبعة الكبرى ، الأميرية بمصر سنة ١٣١٤ هـ ، طبعة دار الكتاب الإسلامى وكذا طبعة دار المعرفة بيروت ، ط ٢ .

● - السرخسى : (شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل)

- المبسوط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط ١ ، سنة ١٩٩٣ .

● - الطحاوى : (العلامة أحمد الطحاوى) .

- حاشية الطحطاوى على الدر المختار ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، سنة ١٣٩٥ هـ ، ١٩٧٥م

● - الطورى : (العلامة محمد بن حسين بن على الطورى الحنفى)

- تكلمة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط ٢ ، طبعة دار المعرفة بيروت لبنان .

● - الشيخ نظام :

- الفتاوى الهندية ، من الفتاوى العالمكيرية ، وبهامشها الفتاوى البزازية ، وهى المسماة بالجامع الوجيز للإمام محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردرى الحنفى ، توفى سنة ٨٢٧ هـ ، ط ٢ ، المطبعة الكبرى ـ الأميرية ببولاق ، سنة ١٣١٠ هـ .

● - شيخ زادة : (الشيخ عبد الرحمن بن سليمان ، المتوفى ١٠٨٧ هـ) .

- ملتقى الأبحر وشرحه مجمع الأنهر ، دار السعادة .

(٢) المذهب المالكى :

● - ابن جزى : (محمد بن أحمد بن جزى الغرناطى المالكى) .

- القوانين الفقهية ، ط ١ ، سنة ١٩٨٥ ، طبعة عالم الفكر ، القاهرة .

●- ابن فرحون : (برهان الدين أبو اسحاق إبراهيم بن على بن فرحون المالكى ، المتوفى ٧٩٩ هـ)

- تبصرة الحكام فى اصول الاقضية والأحكام وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والاحكام تأليف الشيخ الفقيه ابى محمد عبد الله سلمون الكنانى ، المطبعة الازهرية ، د.ت. ، وكذا طبعة المطبعة الشرقية سنة ١٣٠١ هـ .

●- الدردير : (العلامة أحمد بن محمد الدردير ، المتوفى سنة ١٢٠١ هـ) .

- الشرح الكبير المسمى منح القدير على مختصر خليل ، ومعه حاشية الدسوقى ، وبهامشه تقريرات للعلامة المحقق الشيخ محمد عليش ، مطبعة عيسى الحلبى ، وكذا طبعة إحياء الكتب العربية .

●- التسولى : (أبو الحسن على بن عبد السلام التسولى) .

- البهجة فى شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لأبى بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسى الغرناطى .

●- القرافى : (الإمام العلامة شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافى) .

- الفروق ، عالم الكتب ، بيروت .

●- الخرشى :

- فتح الجليل شرح مختصر خليل ، وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى ، دار صادر ، بيروت .

● - الزرقانى : (العلامة عبد الباقى الزرقانى)

- شرح الزرقانى على مختصر خليل ، وبهامشه حاشية إمام المحققين الشيخ محمد البنانى ، دار الفكر بيروت ، ١٣٩٨ هـ ، ١٩٧٨ م .

●- المواق : (أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى ، المتوفى سنة ٨٩٧ هـ) .

- التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط ٢ ، سنة ١٩٧٨ .

●- مالك بن انس : (الامام مالك بن انس الاصبحى)

- المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس ، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخى عن الامام عبد الرحمن بن قاسم ، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

(٣) المذهب الشافعى

● - البيجرمى : (الشيخ سليمان البيجرمى)

- حاشية البيجرمى على شرح الخطيب المعروف بالإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشيخ محمد الشربينى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، ١٣٧٠ هـ ، ١٩٥١ م .

●- الشافعى : (محمد بن ادريس الشافعى) .

- الأم ، دار الغد العربى ، ط ١ ، سنة ١٤١١ هـ ، ١٩٩٠ م .

●- الخطيب : (شمس الدين محمد بن أحمد الشربينى ، المتوفى سنة ٩٧٧ هـ) .

- مغنى المحتاج ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، سنة ١٣٧٧ هـ .

●- الأنصارى : (القاضى ابو زكريا الأنصارى)

- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب للقاضى زكريا الأنصارى بهامش حاشية الابيجرمى عليه ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، ١٣٦٩ هـ .

●- قليوبى وعميرة :

- حاشية الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للشيخ محى الدين النووى ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى .

(٤) المذهب الحنبلى

●- ابن القيم الجوزية :(الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبى بكر ، المتوفى سنة ٧٥١ هـ)

- أعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، راجعه ، وقدم له ، وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد .

- الطب النبوى ، الدار المصرية اللبنانية ، ط ٢ ، ١٤١٤ هـ ، ١٩٩٤ م ، تحقيق محمد فتحى ابو بكر .

- زاد المعاد ، طبعة النور الإسلامية .

- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، تحقيق الشيخ بهيج غزاوى .

- ابن تيمية : (شيخ الإسلام أبو العباس تقى الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحرانى الدمشقى ، المتوفى سنة ٧٢٨ هـ) .
- القواعد النورانية الفقهية ، مطبعة السنة المحمدية ، سنة ١٩٥١ ، ط ١ .
- مجموع الفتاوى : جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم .
- ابن قدامة : (الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المتوفى سنة ٦٣٠ هـ)
- المغنى لإبن قدامة ، دار الكتاب العربى ، بيروت ، سنة ١٩٧٢ .
- البهوتى : (الشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى)
- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى ، طبعة عالم الكتب بيروت لبنان .
- كشاف القناع عن متن الإقناع ، تحقيق إبراهيم احمد عبد الحميد ، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط ٢ ، ١٤١٨ هـ ، ١٩٩٧ م ، وكذا ط ١ سنة ١٣١٩ هـ ، طبعة المطبعة العامرة الشرفية بمصر.
- المقدسى: (شمس الدين المقدسى أبو عبد الله محمد بن مفلح ، المتوفى سنة ٧٦٣ هـ) .
- الفروع ، ط ٢ ، دار مصر للطباعة ، سنة ١٩٦٢ هـ

(٥) المذهب الظاهرى

- ابن حزم : (الإمام أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى ، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ)
- المحلى بالآثار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنة ١٩٨٨ ، تحقيق عبد الغفار سليمان البندارى .
- الإحكام فى أصول الأحكام ، ط١ ، مطبعة السعادة ، سنة ١٣٤٧ هـ .

(٦) الشيعة الإمامية

- الجبعى : (الشهيد زين الدين بن على الجبعى المعروف بالشهيد الثانى ، المتوفى سنة ٩٦٥ هـ)
- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، دار الكتاب العراقى ، واللمعة الدمشقية للعلامة محمد بن جمال الدين مكى الاعملى المعروف بالشهيد الأول .

(٧) فقه الزيدية

●- الصنعانى : (القاضى العلامة احمد بن قلسم العنسى اليمانى الصنعانى)

- التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار فى فقه الائمة الأطهار ، ط١ ، دار إحياء الكتب العربية ، سنة ١٣٦٦ هـ .

ثالثا - مراجع فقهية حديثة

●- الدكتور / أحمد الزرقا :

- شرح القواعد الفقهية ، ط ٢ ، دار القلم ، دمشق سنة ١٩٨٩ ، تصحيح وتعليق مصطفى أحمد الزرقا .

●- الأستاذ / أحمد طه السنوسى :

- عقد التأمين فى الشريعة الإسلامية ، فى ولاء الموالاة فى التشريع الإسلامى وقانون الميراث سنة ١٩٤٣ ، مجلة الأزهر ، س ٣٤ ، ع ٦ ، سنة ١٩٥٢ .

●- الدكتور / أحمد شرف الدين :

- عقود التأمين وعقود ضمان الإستثمار . واقعها الحالى ، وحكمها الشرعى ، ط ١ ، سنة ١٩٨٦ .

- الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، دار النهضة العربية ، ط ٢ ، سنة ١٩٨٧ م .

●- الدكتور / أحمد فتحى بهنسى :

- الدية فى الشريعة الإسلامية ، دار الشروق ، ط ٢ ، سنة ١٩٨٢ .

●- الدكتور / أنور محمود دبور :

- إثبات النسب بطريق القيافة فى الفقه الإسلامى . بحث مقارن . دار الثقافة العربية ، ١٤٠٥ هـ ، ١٩٨٥ م .

●- الدكتور / برهام محمد عطا الله :

- التأمين وشريعة الإسلام ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، س ٦ ، ع ١ ، يناير / مارس ١٩٦٢ .

●- الدكتور / رمضان حافظ عبد الرحمن :

- موقف الشريعة الإسلامية من الميسر والمسابقات الرياضية ، دار الهدى .

- الدكتور / حسين حامد :
- حكم الشريعة فى عقود التأمين ، دار الإعتصام ، ط ١ ، سنة ١٩٧١ .
- الأستاذ / سعدى أبو جيب :
- التأمين بين الحظر والإباحة ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، سنة ١٩٩٠ .
- الأستاذ / سليم رستم :
- شرح مجلة الأحكام العدلية ، بيروت ، سنة ١٩٨٦ .
- فضيلة الشيخ / عبد الرحمن تاج :
- شركات التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية ، المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية ، سبتمبر ١٩٧٢ .
- الأستاذ / عبد السميع المصرى :
- التأمين الإسلامى بين النظرية والتطبيق ، دار الدعوة الإسلامية ، ط ١، سنة ١٩٨٠ .
- الدكتور / عبد السلام التنوجى :
- مؤسسة المسئولية فى الشريعة الإسلامية ، ط ١ ، ١٩٩٤ م ، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية .
- الدكتور / عبد الفتاح محمود إدريس :
- قضايا طبية من منظور إسلامى . بحث فقهى مقارن ، ط ١ ، سنة ١٩٩٣ .
- الدكتور / عبد الله مبروك النجار :
- عقد التأمين ومدى مشروعيته فى الفقه الإسلامى . دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، سنة ١٩٩٤ .
- الدكتور / عبد الناصر توفيق العطار :
- حكم التأمين فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية ، مطبعة السعادة ، بدون سنة طبع .
- الأستاذ / على الحوات :
- الضمان الإجتماعى ودوره الإقتصادى والإجتماعى ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان ، بدون سنة طبع .

●- فضيلة الشيخ / على الخفيف :

- التأمين ، مجلة الأزهر ، عدد مايو / يونيو ١٩٩٦

●- الأستاذ / عيسى عبده :

- التأمين بين الحل والتحريم ، ط ١ ، سنة ١٩٧٨ .

●- الأستاذ / غريب الجمال :

- التأمين التجارى والبديل الإسلامى ، دار الإعتصام .

- نحو نظام تأمينى اسلامى . دراسة مقارنة موجزة ، سنة ١٩٧٥ .

●- الدكتور / مصطفى أحمد الزرقاء :

- نظام التأمين حقيقته ، والرأى الشرعى فيه ، مؤسسة الرسالة ، ط ٢ ، سنة ١٩٨٧ .

- المدخل الفقهى العام ، ط ١٠ ، مطبعة طربين ، دمشق سنة ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م .

●- الدكتور / محمد أحمد سراج :

- ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، سنة ١٩٩٣ .

●- الدكتور / محمد جواد مغنيه :

- اصول الإثبات فى الفقه الجعفرى ، مطبعة دار العلم للملايين ، بيروت ط١ ، سنة ١٩٦٤ م .

●- فضيلة الشيخ / محمد خاطر :

- جهاد فى رفع بلوى الربا ، جـ١ .

●- الأستاذ / محمد زكى السيد :

- نظرية التأمين فى الفقه الإسلامى . دراسة مقارنة للتأمين فكراً وتطبيقاً ، دار المنار للنشر والتوزيع ، ط ١ ، سنة ١٩٨٦ .

●- الدكتور / محمد شوقى الفنجرى :

- الإسلام والتأمين .

- التعاون لا الإستغلال أساس عقد التأمين الإسلامى ، دار ثقيف للنشر والتأليف ، بدون سنة طبع

●- الدكتور / محمد فتحى الدرينى :

- الفقه الإسلامى المقارن مع المذاهب ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ط ٢ ، سنة ١٩٨٧ .

●- فضيلة الشيخ / محمود شلتوت :

- الإسلام عقيدة وشريعة ، دار الشروق ، ط ١٦ .

●- الدكتور / وهبة الزحيلى :

- نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية فى الفقه الإسلامى ، دراسة مقارنة ، دار الفكر ، د .ت .

●- الدكتور / يوسف قاسم :

- التعامل التجارى فى ميزان الشريعة ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، سنة ١٩٨٠ .

رابعاً - رسائل الدكتوراة

●- الدكتور / الصديق محمد الأمين الضرير :

- الغرر وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٦٦

●- الدكتور / جمال الدين محمد محمود :

- سبب الإلتزام وشرعيته فى الفقه الإسلامى . دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٦٩ .

●- الدكتور / رجب عبد التواب سليمان الكدوانى :

- نظرية التأمين التعاونى : دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٦ .

●- الدكتور / عوض أحمد إدريس :

- الدية بين العقوبة والتعويض ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٣ .

●- الدكتور / فتحى السيد لاشين :

- عقد التأمين فى الفقه الإسلامى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣

●- الدكتور / محمد يوسف صالح الزغبى

- عقد التأمين ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعى والفقه الإسلامى . كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٢ .

●- الدكتور / هشام عبد المقصود

- نظرية حرية العقود والشروط ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة .

خامساً ـ مراجع فى اللغة

●- الرازى : (الإمام زين الدين محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ، المتوفى ٦٦٦ هـ)

- مختار الصحاح ، مؤسسة الرسالة ، ط سنة ١٩٨٧ .

●- مجد الدين الفيروزابادى

- القاموس المحيط ، دار المعرفة ، بيروت .

القسم الثانى
المراجع القانونية
المراجع باللغة العربية

أولاً ـ المراجع العامة

●- الدكتور / أحمد شرف الدين :

- أحكام التأمين فى القانون والقضاء ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، د.ت .

●- الدكتور / أبو زيد عبد الباقى :

- المبادئ العامة للتأمين ، ط ١ ، مكتبة أم القرى ، الكويت ١٩٨٤

●- الدكتور / جلال محمد إبراهيم :

- التأمين : دراسة مقارنة بين القانون المصرى والقانونين الكويتى والفرنسى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ .

●- الدكتور / حسام الدين الأهوانى :

- المبادئ العامة للتأمين ، ١٩٩٥ .

●- الدكتور / حسن عامر :

- المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية ، ط ١ ، ١٩٥٦ .

●- الدكتور / حسين عامر وعبد الرحيم عامر :

- المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية ، دار المعارف ، ط ٢ ، ١٩٧٩ .

●- الدكتور / حمدى عبد الرحمن والدكتور / حسن أبو النجا :

- مذكرات فى عقد التأمين ، دار النهضة العربية ، بدون سنة طبع .

●- الدكتور / خميس خضر :

- العقود المدنية الكبيرة ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، سنة ١٩٧٩

●- الدكتور / رمزى سيف :

- الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط ٩ ، سنة ١٩٦٩ - ١٩٧٠

●- الدكتور / سليمان مرقس :

- الوافى فى شرح القانون المدنى ، الإلتزامات ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، المجلد الأول ، ط ٤ ، ١٩٨٧ .

- الوافى فى شرح القانون المدنى . جـ ٢ فى الإلتزامات ، المجلد الرابع ، أحكام الإلتزام ، ط ٢ ، سنة ١٩٩٢ .

- المسئولية المدنية . دروس فى القانون المدنى مع التعمق ، ١٩٦١.

●- الدكتور / عبد الرزاق السنهورى :

- الوسيط فى شرح القانون المدنى ، جـ١ ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ؛ جـ ٥ ، ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٤ ؛ جـ ٧، عقود الغرر. عقد التأمين ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠

. الوجيز فى شرح القانون المدنى ، جـ١ ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ .

●- الدكتور / عبد الرزاق توفيق العطار :

- مصادر الإلتزام ، مؤسسة البستانى للطباعة ، القاهرة ١٩٩٠ .

●- الدكتور / عبد المنعم البدراوى :

- التأمين ، ١٩٨١ ، بدون ناشر

●- الدكتور / عبد المنعم فرج الصدة :

- مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .

●- الدكتور / عمر إبراهيم حسين :

- جماعية المسئولية المدنية . دراسة فى القانون الليبى ، منشورات جامعة قاريونس ،ط ١ ، ١٩٩١

●- الدكتور / محمد إبراهيم الدسوقى :

- التأمين من المسئولية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

- المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٠

●- الدكتور / محمد حسام محمود لطفى :

- الأحكام العامة لعقد التأمين . دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى ، ط ٢ ، سنة ١٩٩٠

●- الدكتور / محمد لبيب شنب :

- المسئولية عن الأشياء : دراسة مقارنة فى القانون المدنى المصرى مقارناً بالقانون الفرنسى ، مكتبة النهضة المصرية ، سنة ١٩٥٧ .

●- الدكتور / محمود جمال الدين زكى :

- الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات ، ١٩٧٨ ..

- مشكلات المسئولية المدنية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٠ .

●- الدكتور / مصطفى مرعى :

- المسئولية المدنية فى القانون المصرى ، ط ٢ ، ١٩٤٤ .

●- الدكتور / نزيه محمد الصادق المهدى :

- عقد التأمين ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ .

●- الدكتور / وجدى راغب فهمى :

- مبادئ القضاء المدنى . قانون المرافعات ، ط ٢ ، جـ ١ ، سنة ١٩٩٧ .

●- الدكتور / يحيى أحمد موافى :

- المسئولية عن الأشياء فى ضوء الفقه والقضاء . دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، سنة ١٩٩٢ .

ثانياً - المراجع المتخصصة :

●- الدكتور / أحمد أبو الوفا :

- فى التعليق على قانون المرافعات ، ط ٦ ، ١٩٩٠ ، منشأة المعارف بالأسكندرية .

●- الدكتورة / سهير منتصر :

●- المسئولية المدنية عن التجارب الطبية فى ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ .

- الإلتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية ، د.ت .

●- الدكتور / عبد الرشيد مأمون :

- عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .

- علاقة السببية فى المسئولية المدنية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ .

- التأمين من المسئولية المدنية فى المجال الطبى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .

●- الدكتور / عاطف النقيب :

- النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الأشياء ، فى مبادئها القانونية وأوجهها العملية ، منشورات عويدات . بيروت . باريس ، ط ١ ، سنة ١٩٨٠ .

●- الدكتور / على نجيدة :

- إلتزامات الطبيب فى العمل الطبى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ .

●- الدكتور / محسن البيه :

- نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٣ .

- حقيقة أزمة المسئولية المدنية ودور تأمين المسئولية ، مكتبة الجلاء الجديدة . المنصورة ، ١٩٩٣ .

●- الدكتور / محمد إبراهيم الدسوقى :

- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الأسكندرية ، بدون سنة طبع

●- الدكتور / محمد حسين منصور :

- المسئولية الطبية ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، بدون سنة طبع .

●-الدكتور / محمد عبد الظاهر :

- مشكلات المسئولية المدنية فى مجال عمليات نقل الدم ، ١٩٩٥.

- التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية المهنية . دراسة تطبيقية على بعض العقود، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ .

●- الدكتور / محمود جمال الدين زكى :

- الخبرة فى المواد المدنية والتجارية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .

●- الأستاذة / هدى النمير :

- بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ، مطبعة السلام ، ١٩٨٧ .

●- الدكتورة / وفاء حلمى أبو جميل :

- الخطأ الطبى ، دراسة تحليلية فقهية وقضائية ، دار النهضة العربية ، د.ت .

ثالثا - رسائل الدكتوراة

●- الدكتور / إبراهيم الدسوقى :

- الأعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات ، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبى فى الفقه والقضاء المصرى والفرنسى ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٥ .

●- الدكتور / أحمد محمود إبراهيم سعد :

- مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨٣ .

- الدكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى :

- التأمين من المسئولية عن حوادث السير ، دراسة مقارنة بين النظامين المصرى والفرنسى ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٥ .

- الدكتور / حسن زكى الأبراشى :

- مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، جامعة القاهرة ، ١٩٥١ .

- الدكتور / سليمان مرقس :

- نظرية دفع المسئولية المدنية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٣٦

- الدكتور / سعد سالم العسبلى :

- المسئولية المدنية عن النشاط الطبى فى القانون الليبى ، جامعة قاريونس . بنغازى، ١٩٩٤ .

- الدكتور / سعد واصف :

- التأمين من المسئولية فى عقد النقل ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٨ .

- الدكتور / عبد الراضى هاشم :

- المسئولية المدنية للأطباء فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، جامعة القاهرة، ١٩٩٤ .

- الدكتور / عبد المنعم الشرقاوى :

- نظرية المصلحة فى الدعوى ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٤٧ .

-الدكتور / كامران حسن محمد الصباغ :

- الصفة التعويضية فى تأمين الأضرار. دراسة فى عقد التأمين البرى ، جامعة القاهرة ١٩٨٣ .

- الدكتور / محمد عبد القادر العبودى :

- المسئولية المدنية لطبيب التخدير ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٩٢ .

-الدكتور / محمد نصر رفاعى :

- الضرر كأساس للمسئولية المدنية فى المجتمع المعاصر ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .

- الدكتور / محيى الدين المرسى إبراهيم :

-المبدأ التعويضى فى التأمين من المسئولية ، جامعة المنصورة ، ١٩٩٤ .

رابعا ـ الأبحاث والمقالات

- الدكتور / إبراهيم الدسوقى أبو الليل :

تعويض تفويت الفرصة ، مجلة الحقوق الكويتية ، س ١٠ ، ع٣ ، ١٩٨٦ .

- الدكتور / أحمد شرف الدين :

مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحى العام ، مجلة إدارة الفتوى والتشريع ، الكويت س ٢ ، ع ٢ ١٩٨٢ .

الأساس القانونى لرجوع المؤمن على الغير المسئول عن الحادث ، مجلة الحقوق الكويتية ، س ٤ ، ٢ ، أبريل ١٩٨٠ .

- الدكتور / أبو زيد عبد الباقى مصطفى :

الصفة التعويضية فى تأمين الأضرار ، مجلة المحاماة ، س ٥٩ ، ع ٧ / ٨ ، ١٩٧٩ .

- الدكتور / محسن البيه :

التضامن والتضامم فى قضاء محمة الإستئناف العليا الكويتية ، مجلة الحقوق الكويتية ، س ١٣ ، ٣ ، ٤ ، ١٩٨٩ .

التأمين من الأخطار الناشئة عن خطأ المؤمن له فى القوانين الفرنسى والمصرى والكويتى ، مجلة حامى الكويتية ، س١٠ ، ع ١ ، ١٩٨٧ .

- الدكتور / محمد على عرفة :

الدعاوى المباشرة المترتبة على عقد التأمين ، مجلة القانون والإقتصاد ، س ١٦ ، سنة ١٩٤٦ .

- الدكتور / محمد مصطفى القللى :

مسئولية الطبيب من الوجهة الجنائية ، مجلة القانون والإقتصاد ، س ٢ .

- الدكتور / محمد هشام القاسمى :

الخطأ المطبى فى نطاق المسئولية المدنية ، مجلة الحقوق والشريعة ، س ٣ ، ع ١ ، مارس ١٩٧٩ .

- الدكتور / محمود محمود مصطفى :

مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية ، مجلة القانون والإقتصاد ، س ١٨ .

- الدكتور / وديع فرج :

- مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، مجلة القانون والإقتصاد ، ع١ س ١٢ ، ١٩٤٢

خامساً - الدوريات ومجموعات الأحكام

مجلة إدارة قضايا الدولة .

مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) .

مجلة التشريع والقضاء المختلطة .

مجلة الحقوق الكويتية .

مجلة الحقوق والشريعة .

مجلة القانون والإقتصاد .

مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض .

مجلة المحاماة .

مجلة المحامى الكويتية .

مجلة الأحكام العدلية .

مجلة الأزهر .

مجلة الإقتصاد الإسلامى .

قائمة المراجع باللغة الفرنسية

OUVRAGES GENERAUX

- BONNARD (Jérôme)
Droit et pratique des assurance , 1e éd. , 1997 .

- COLLART (duitlleul F.) et DELEBECQUE (P.) :
Contrats civiles et commerciaux, 1991 .

- DE l'SLE (George Briere) :
Droit d'assurance , 1973 .

- FAIVRE (Yvonne Lambert) :
Droit des assurances , 9e éd. , 1995 .

- HEMARD :
Théorie et pratique des assurances terrestres , 1924 .

- JACOB (Nicolas) :
Les assurances , 2e éd. , 1979 .

- Le TOURNEAU (Philippe) :
la responsabilité civile, 1972 .

- LARROUMET (Christian) :
Droit civil, les obligations, le contrat, t. 3, 3éd., 1996 .

- MALAURIE (P.) et AYNES (L.) :
Cours de droit civile, t., VI, 1998 .

- MARGEAT (Henri) et FAVRE – ROCHEX (André) :
Précis de la loi sur le contrat et commentaire sur la réglementation de l'assurance automobile obligatoire , 5e éd. , 1971 .

- MARTY et RAYNAUD :
Droit civil – les obligations, t. II, 1962 .

- MAZEAU :
Responsabilité civile , 6e éd. , 1983 .

- MAZEAU et TUNC :
Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6e éd. , 1965 .

- PICARD (M.) et BESSON (A.) :
Les assurances terrestres , 5e éd. , 1982 .

- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.) et BESSON :
Droit civil français, 2e éd., 1954 .

- SAVATIER (R.) :
Traité de la responsabilité civile en droit français, t. II, 1951 .

- STARCK (Boire) :
Droit civil, obligation, responsabilité délictuelle, t. I, 5e éd. 1996 .

- VINEY (Geneviève) :
Les obligation , la responsabilité : effets , 1988 .

OUVRAGES SPECIAUX

- ASSISTANCE PUBLIQUE - HOPITAUX DE PARIS :
Guide pratique – loi du 20 décembre 1988 modifiée sur la protection des personnes qui se prêtent aux recherches biomédicales , 1995 .

- BEAUDOIRE (Claude) :
La responsabilité civile et l'assurance en matière d'expérimentation médicale , 1992 .

- BOULARD (A.) :
L'assurance des recherches biomédicale présentation l'accord-cadre d'assurance des recherches biomédicales, colloque, 13-14 déc. 1996 dont le titre " le médecin et la recherche " 1997 .

- CANTAGREL (V.) :
L'indemnisation par l'assureur de responsabilité civile de victime décédée accidentellement, 1993 .

- CHEVAL (N.) :
Les recours de l'assureur dommages après la réparation des désordres de construction, 1994 .

- COMBES (Anne) :
Responsabilité civile et assurance des centres de transfusion sanguine , 1995 .

- CORDELIER (Agathe) :
Les transfusion de produit sanguins et la responsabilité civile , 1995 .

- DALIGAND (Liliane) :
L'évaluation du dommage corporel,1992 .

- DEPARDAY (Catherine) :
La responsabilité de la notion d'équipe chirurgicale, ses retentissements sur la garantie de la responsabilité médicale par les assureurs , 1985 .

- ECK (Marcel) :
Le médecin face aux risques médicaux ,

- ELIASHBERG (Constant) :
Responsabilité civile et assurance de responsabilité, 2e éd., 1993 .

- ESNAULT (Bruno) :
Quelles solution aux problèmes d'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques : responsabilité objective et assurance du risque thérapeutique , 1992 .

- EWALD (F.) :
- Le problème français des accidents thérapeutiques enjeux et solutions, 1992 .
- Philosophie de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, mélange, 1995 .

- FAIVRE (Yvonne Lambert) :
Droit du dommage corporel – systèmes d'indemnisation , 3e éd. 1996 .
Risques et assurance des entreprises, 3e éd.. 1991 .
Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité, mélange Vincent, 1981.

- FOUIX (Jean Louis) :
Difficultés et prospectives d'avenir de l'assurance des professions médicales , 1982 .

- GERARD (Creusot) :
Dommage corporel et expertise médicale , 1989 .

- GOMBAULT (Benoit) :
Responsabilité et assurance du médecin anesthésiste , 1983 .

- GOURDAIN (P.) : L'évolution de la jurisprudence judiciaire et l'indemnisation des accidents médicaux, mélange par G. Viney dont le titre " l'indemnisation des accidents médicaux ", 1997.

- HERANDE (anne) :
L'assurance responsabilité civile professionnelle des professions libérales et prestataire de services, 1983.

- HERTZOG et RETAIL :
Principes et cadre juridique de l'expertise judiciaire.

- JOB (J. M.) :
La responsabilité civile et pénale des investigateur, colloque 13-14 déc. 1996, préc.

- LE ROY (M.) :
L'évaluation du préjudice corporel, 11e éd., 1988 .

- MICHEL (Germond) :
L'indemnisation de l'aléa thérapeutique par les compagnies d'assurances, un article dans un ouvrage par ELIE Alfandari dont le titre " l'indemnisation de l'aléa thérapeutique " 1995 .

- PHILIBERT (Laurent) :
Responsabilité civile et assurance des chirurgiens dentistes, 1984 .

- PETEL : (P.) :
Le contrat de mandat, 1994 .

- PONTIIER (J. Marie) :
La prise en charge collective de l'aléa thérapeutique l'état et les fonds de garantie, mélange, 1995 .

- SAVATIER et AUBRY :
Traité de droit médicale , 1965 .

- SEUGY (Maire Helene) :
L'assurance responsabilité civile des chirurgiens , 1989 .

- THIRE (Stéphanie) :
L'action directe de la victime contre l'assureur, 1995 .

- TUNC (André) :
Assurance tous risques médicaux , mélanges ,

- VINEY (G.) :
L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, L.G.D.J. 1992 .

- YOUNAN (Nathalie) :
La distinction de la recherche et de traitement dans les intervention biomédicale sur l'homme , 1995

THESES

- ATTALLA (B.) :
Le droit propre de la victime et son action directe contre l'assureur de la responsabilité automobile obligatoire, Paris, 1967 .

- CONSTANT (Eliashberg) :
Responsabilité civile et assurance de responsabilité ,2e éd. 1993 .

- FINON (O. P.) :
Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale , Paris, 1972 .

- GABR (said) :
La survenance du sinistre dans l'assurance de dommage, Rennes, 1979.

- HALBWACHS :
Réflexion sur la causalité physique en les théories de la causalité, Paris, 1971.

- HENRI (Anri) :
La responsabilité civile médicale ,Paris, 1974

- LAURENT (Philibert) :
Responsabilité civile et assurance des chirurgiens dentistes, 1984 .

- PENNEAU (Jean) :
Faute et erreur en matière de responsabilité médicale , Paris , 1972 .

- B. RODET :
La responsabilité civile des médecins et responsabilité actuelle, Lyon, 1937 .

- VILLANI (Dominique) :
La protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales , Lyon , 1992 .

- VILATTE (Fury) :
L'erreur sur l'objet de la transaction, Paris, 1963 .

ARTICLES

- AGSSA :
Nouveau régime de règlement des assurances cumulatives, L'ARG. 17 sep. 1982 .

- BAPTISTE (Rusconi) :
Responsabilité civile et assurance dans la profession médicale, R.G.A.T., 1988 .

- BESSON (A.) :
La notion de déchéance en matière d'assurance , R.G.A.T. , 1936 .

- BIGOT (J.) :
La loi no. 89-1014 du 31 décembre 1989, portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, J.C.P. éd. G. 1990 .

- BLAVOET :
Nouvel orientation de notre système de responsabilité civile , D. 1966 .

- BORE :
L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'une faute dommageable , J.C.P.,1974 .

- BOUHEY (H.) et CAZAC (G.) :
L'assurance du risque médical, Con. Méd., 26 sép. 1987, p. 2885 .

- CAZAC (G.) :
indemnisation du risque thérapeutique, Con. Méd., 5 nov. 1977, p. 6375 .

- CHABAS (François) :
Vers un changement de nature de l'obligation médicale , J.C.P. , 1973 .

- CHAUCHARD (J. P.) :
La transaction dans l'indemnisation du préjudice corporel, R.T.D.C., 1989.

- CHPUISAT (François) :
- Le juge, l'assureur de responsabilité civile et les fonds d'indemnisation, R.G.A.T. 1992, p. 787 .
- Les conséquences de la mise en règlement judiciaire ou en liquidation des biens sur le fondement de l'assureur, J.C.A., II, 1980 .

- COURTIEU (G.) :
La mise en cause de l'assuré pour l'exercice de l'action directe, R.C.A. 1995 .

- DE I'SLE (George Briere) :
L'assurance responsabilité des professions de santé , J.C.P. 1981 .

- DEPLOUX (C.) :
Pour une généralisation de l'assurance personnelle des accidents médicaux, Ris., no. 6 juin 1991 .

- DESCHAMPS (Laboyade) : Les médecins à l'épreuve (à propos de l'arrêt de la 1re chambre civile du 25 février 1997), R.C.A. avr. 1997 .

- D'HAUTEVILLE (A.) :
L'indemnisation des dommages subis par les victimes d'attentats, R.G.A.T., 1987, p. 329 .

- DU VERDIER (F.) et VALAIN (G.) :
Le risque thérapeutique et son assurance, Con. Méd., 21 avr. 1990, p.1359.

- ESMEIN (P.) :
La faute et sa place dans la responsabilité civile , R.T.D.C. , 1949 .

- EWALD (F.) et MARGEAT (H.) :
Le risque thérapeutique, Ris. No. 6, juin 1991 .

- FABRE (hélène) : Responsabilité conjointe ou partagée de l'anesthésiste et du chirurgien (ou obstétricien) Méd. Et Dr., no. 22, 1997 .

- FAIVRE (Yvonne Lambert) :
- La durée de la garantie dans les assurance de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses réclamation de la victime , D. 1992 .
- Réflexion sur la nature juridique des assurances des responsabilité , Mélange , 1981 .
- L'hépatite C post – transfusionnelle et la responsabilité civile , D. 1993 .
- Méthodologie d'évaluation du dommage corporel, Gaz. Pal., 3 – 4 juill. 1991 .
- Fondement et portée de la mise en cause d'un assuré en faillite dans l'action directe exercée par la victime contre l'assureur du responsable, D. chr.١٩٧٩ ; .

- FREUND :
La double assurance dans l'assurance responsabilité en droit comparé , R.G.A.T. , 1937.

- FREYRIA :
La direction du procès en responsabilité par l'assureur, J.C.P., I, 1954 .

- GERMOND (Michel) :
L'indemnisation de l'aléa thérapeutique par les compagnies d'assurances , Mélange , 1995 .

- GILBERT (Thibault) :
Responsabilité médicale dans le monde , Con. Méd. , 1990 .

- GROMB (Sophie) : " De l'influence de consumérisme sur l'humanisme médicale " Gaz. Pal. 14-16 juill. 1996 .

- GROUTEL (Hubert) :
- L'extermination des clauses limitatives dans le temps de la garantie des assurances de responsabilité , R.C.A. , 1991 .

- Le sauvetage des bonnes clauses de subsidiaire en matière d'assurance cumulatives , R.C.A. août – sep. 1992 .
- L'assurance obligatoire du promoteur de recherches biomédicales , R.C.A. , juill. 1991
- L'objet de la garantie de l'assurance de responsabilité décennale, R.C.A., no. 2 février 1998 .
- Le projet de loi portant diverses mesures relatives aux assurances, R.C.A. chr., 1989 .
- La distance entre l'action directe contre l'assureur de responsabilité et l'action le responsable, R.C.A. 1992 .
- Droit commun de l'assureur de l'assurance et régime spécifiques d'assurance obligatoire, R.C.A. no. 6, 1995 .

- GUIGUE (Jean) :

Responsabilité civile des structures de distribution de produits sanguins , Gaz. Pal. , 1995 .

- HELENE (Fabre) :

Responsabilité conjointe ou partagée de l'anesthésiste et du chirurgien (ou obstétricien) Méd. Et Dr. ,no.22,1997 .

- JODIN (R.) :

Importance et limites de la responsabilité médicale , Con. Méd. , 1970 .

- LOUBRY (N.) :

Trente ans ... et plus, Con. Méd., 23 déc. 1995 .

- MARGEAT (H.) :

- La ligne démarcative entre la solidarité et l'assurance, Gaz. Pal. 23 janv. 1993 .
- Faut-il assurer le risque thérapeutique, R.F.D.C., 1978, no. 2, p. 155 .

- MARKESINIS (Basil) :

La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance, R.I.D.C., no. 2, avr. Juin 1993 .

- MERCARDIER (anne) :

La loi no. 93-5 du 4 janvier 1993 en matière de transfusion, Rapport, Gaz. Pal. 11-12 janv. 1995.

- NICOLIS (claude) : La chirurgie et ses risques : ce qu'il faut penser d'un arrêt de la cour de cassation, Quo. Méd., 11 mars 1997.

- PENNEAU (jean) :

- La réforme de la responsabilité : responsabilité ou assurance, R.I.D.C. , no. 2, 1990
- Le cas particulier de la recherche médicale , Mélange , 1995 .

- PICARD (jean) :
Assurance et transfusion, Gaz. Pal. , 1995.

- PONTIER (J. M.) :
- L'indemnisation des victimes contaminée par le virus du sida, D. 12 mars 1992 .
- La subsidiarité en droit administratif, R.D. Publ., p. 1515 .

- QUEROL (F.) :
Le financement du fonds de garantie dans l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme, R.F.D.A. , janv. 1988 .

- RAFFI (Rémy) :
Réflexions sur le rôle du temps en assurance de responsabilité, D. chr. 1998 .

- SAVATIER (René) :
Une faute peut-elle engendre de la responsabilité d'un dommage sans l'avoir nature de l'obligation médicale , J.C.P. , 1973 .

- SICOT (C) et LOBRY (N) :
Responsabilité médicale en question , Con. Méd. , oct. 1996 .

- SOUBIRAN (Francine) :
Quelques réflexions suscitées par l'exercice de la médecine au sein d'un groupe ou d'une équipe, J.C.P. 1976, I, Doc.

- TUNC (André) :
Le spectre de la responsabilité civile , R.I.D.C.,no.4,1978 .

- VERDIER (F.) et NAUD (J. F.) :
La couverture de l'aléa médical, Con. Méd., 7 nov. 1992 .

- VERNON (Palmer) :
Trois principes de la responsabilité sans faute , R.I.D.C., no.4, 1987 .

- VINEY (G.) :
L'indemnisation des victimes de dommages causée par le fait d'une chose, D. chr., 1982

Notes sous arrêtes :

Beauchard :
- Cass. 1re civ., 11 oct 1994, R.G.A.T. 1994, p. 1212.
- Cass. Civ.1re,19 mai 1992,R.C.A.1992,comm.,p.389 , R.G.A.T. 1992, p.601.

Besson (A.) :
- Cass. ch. mixte, 15 juin 1979, R.G.A.T. 1979, p. 364.
- Cass. 1re civ. 15 fév. 1977, R.G.A.T. 1977, p. 512.
- Cass. civ. 28 oct. 1974, D.1975,p.269.
- Cass. 2e civ., 4 déc. 1964, R.G.A.T. 1965, p. 345.
- Cass. 1re civ., 18 oct. 1954, p. 424.
- Cass. civ. 1re, 18 oct. 1954, R.G.A.T. 1954, p. 424.
- Cass. 1re civ. 14 déc. 1943, R.G.A.T., 1944, p. 63 ; D. 1944, p. 81.
- Civ. 20 juill. 1942, R.G.A.T. 1942, p. 355 , J.C.P. 1942, II , 2044.

Bigot (J.) :
- Cass. civ. 3 oct. 1995,R.G.A.T. 1996,p. 190.
- Cass. civ. 9 mai 1994, Bull. civ. 1994,no.168 ; R.G.A.T. 1994, p. 647.
- Cass. civ. 30 mars 1994, Bull. civ. 1994,no. 119 ; R.G.A.T. 1994, p.666.
- Cass. 1re civ., 22 mai 1991, , R.G.A.T. 1991, p. 603.
- Cass. civ. 19 déc. 1990,Bull. civ. ,no.303 ; J.C.P. ,1991,II,21656.
- C. A. Paris, 11 mars 1986, R.G.A.T.- 1986, p. 429.
- Cass. civ. 1re , 11 mars 1986, R.G.A.T. , 1986, p. 336.
- C.A. Paris, 5 nov. 1985 , R.G.A.T. 1986, P. 544.
- Cass. civ. 15 et 22 oct. 1980 , R.G.A.T.1981 , p.51.
- Cass. civ. 15 et 22 oct. 1980.
- Cass. civ. 28 oct. 1974, J.C.P., 1975, II, 18086.
- Cass. 1re civ. 25 nov. 1970, R.G.A.T. 1971, p. 363.

Boré (J.) :
- Cass. Civ. 11 juill. 1963, J.C.P. 1964, no. 13607.

Boulanger :
- Civ. 1re, 29 oct. 1963, D. 1964, p. 467.

Bout :
- Cass. 1re civ., 15 janv. 1991, R.G.A.T. 1991, p. 405.
- Cass 1re civ., 2 mai 1989, R.G.A.T. 1989, p. 676.
- Cass. civ. 1re oct. 1986 , RGAT,1987,p.128.
- Cass. 1re civ., 22 juill. 1986, R.G.A.T. 1986, p. 593.

Brunet :
- Civ. 1re, 29 oct. 1963, S. 1964, p. 311.

Dagorne-Labbé :
- Cass. 1re civ. 28 juin 1989, D. 1990, p. 413.

Denisse (L.) :
Req. 21 juill. 1919, D.P. 1920, I, p. 30.

Doll :
- Cass. civ. 8 oct. 1974, Gaz. Pal., 1974, I, p. 273.

Dorsner-Dolivet :
- Cou. d'app. de Paris 28 nov. 1991, D. 1992, p. 85.

Durry :
- Cass. Civ., 23 mai 1973, R.T.D.C., 1974, p. 618.
- Civ. 1re, 27 jan. 1971, R.T.D.C. 1971, p. 639.
- Cass. Civ., 1re 7 mars 1966, R.T.D.C. 1966, p. 823.
- Cass. Civ. 1re, 31 janv. 1973, R.T.D.C. 1973, p. 576.

Groutel (H.) :
- Cass. civ. 1re 19 janv. 1994 , D.1994 , 18e cah. , somm. comm. , p.146.
- Cass. civ. 28 avr. 1993 , Bull. civ. 1993 , no. 148 ; R.C.A. 1993 , no. 245.
- Cass. civ. I,25 mai 1992,R.C.A. août-seb.1992,no. 333, p.11.
- Cass. crim., 26 mai 1988, R.G.A.T. 1989, p. 334.
- Cass. civ. 16 juin 1987,Bull. civ.,no.193 , D. 1988,IR,p.150.
- Cass. Soc. 25 mai 1982, D. 1982, II, p. 610.
- Cass. civ. 19 juill. 1978,J.C.P.,IV,p.300 , D. 1979, IR, p.194.
- Cass. civ. 18 nov. 1975, Bull. civ. 1975, no. 273.

Harichaux (M.) :
- Cou. d'app. Paris 28 nov. 1991, J.C.P. , 1992, II , 21797.
- T.G.I. de Paris, 1re juill. 1991, J.C.P. , 1991, II , 21762.

Hocquet-Berg :
- Cass. 1re civ., 21 mai 1996, Gaz. Pal. 1997, II, p. 565

Jordain (P.) :
- Cass. 1re civ., 21 mai 1996 RTDC 1996, p. 913.
- Cass.22 nov. 1994 : Bull. civ. I, no. 340 ; RTDC 1995, p. 375.

Landel :
- Cass, 1re civ. 25 mai 1992, R.G.A.T. 1992, P.533.
- Cass. crim., 26 mai 1988, R.G.A.T. 1989, p. 334.

Lindon :
- Civ. 1re, 8 mars 1966, J.C.P. 1966, II, 14664.
- Cass. 1re iv., 12 juill. 1991, R.G.A.T. 1991, p.846.

Kullmann (J.):
- Cass. 1re civ., 4 mars 1997, R.G.A.T. 1997, p. 545.
- Cass. 1re civ., 4 mars 1997, R.G.D.A. , p. 545.
- Cass. Civ. 1re , 11 oct. 1994, R.G.A.T. 1995,p. 43.
- Cass. Civ. 6 janv. 1993 , R.G.A.T. 1993 ,p. 332.

Margeat (H.) :
- Cass. 1re iv., 12 juill. 1991, R.G.A.T. 1991, p.846.

Paire :
- C.A. Paris 28 nov. 1991, Gaz. Pal. 16 fév. 1992.

Penneau :
- C.A Dijon, 12 avr. 1994 : D. 1995, somm. p. 101.
- C.A. Paris, 17 juin 1988, D. 1988, inf. rap., p. 497.
- Cass. Civ. 1re 29 oct. 1985 - D. 1986 , p.417.
- Cass. Civ., Ire 9 mai 1983, D. 1984, p. 121.

Perrot :
- Cass. Civ. 29 mai 1951, J.C.P. 1951, II, 6421.

Rodiér :
- Cass. Civ. 14 avr. 1958, J.C.P. 1959, II, 10935.
- Cass Ire. 17 déc. 1954, J.C.P. 1955, 8490.

Savatier (R.) :
- Cass. crim., 22 juin 1972 , J.C.P. , éd.G,II,17266.
- Cass. civ. 1re, 27 mai 1970,J.C.P. 1971,I,16833.
- Cass. civ. 30 oct. 1963, D. 1964, p. 81.
- Cass. civ. 1re 28 juin 1960 - JCP, 1960,II, 11787.
- Cass Ire. 17 déc. 1954, J.C.P. 1955, 8490.
- Cass. civ. 29 mai 1951, D. 1952, p. 54.

Schmelck :
- Cass. Civ. 1re, 31 janv. 1973, D. 1955, p.269.

Vidal :
- C.A. d'Aix-en-Provence, 12 juill. 1993, D. 1994, p. 13.

Viney (G.) :
- Cass. 1re civ., 21 mai 1996, J.C.P. 1996, éd. G. I, 3958, no. 24 et s.
- Cass. Civ. 1re, 14 nov. 1995, J.C.P.,1996, I, 3985, no.7.
- Cass. civ. 19 déc. 1990,D.1992, chron., p.13.
- Cass. 1re civ., 22 juill. 1986,R.G.A.T. 1986, p. 595.
- Cass. Civ. 4 déc. 1984,R.G.A.T. 1985,p. 410.
- Cass. 1re civ., 30 oct. 1984, R.G.A.T. 1985, p. 282.
- Cass. 1re civ., 30 oct. 1984, R.G.A.T. 1985, p. 282.
- Cass. 1re civ., 16 oct. 1984 , R.G.A.T. 1985, p. 281.
- Cass. Civ., 15 mai 1984, R.G.A.T. 1985 p. 104.

Vincent (F.) :
- Cass. 1re civ. 7 mars 1995, R.G.A.T. 1995, p. 420.

Rapports

- La transfusion sans assurance, Science et vie, mars 1996.

- MICOUD (m) :
Rapport sur de l'hépatite C en France, 1992, non publiés, v. D. 1993, chr. , p. 291.

- DELPOUX (Claude) :
Contamination par transfusion sanguine : jurisprudence , loi et assurance , R.G.A.T. , 1992 .

- Rapp. C. cass. Pour 1994 : la documentation français, 1995 .

- Doc. Ass. Nath. No. 164, mai 1993 .

- Doc. Sénat, second session ordinaire 1992-1993, no. 286 .

ABREVIATION

Art. : article
Ass. Nath. : assemblé national
Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles)
Cou. d'app. : Cour d'appel
Cass. Civ. : cassation civil
Chr. : Chronique
Con. Méd. : Le concours médical
D. : recueil Dalloz
Doc. Ass. Nath : Documentation Assemblè Nathionale
Doc. Sénat. : Documentation Sénat .
Ed. : édition
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : Ibidem
I.R. : Informations rapide
J.C.P. : jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition général
J.O. : Journal officiel de la république
Jur. Cl. : jurisclasseur civil
L'AR. : L'argus
Méd. Et Dr. : médecine et droit
No. : numéro
Op. cit. : *opere citato* (dans l'ouvrage cité)
P. : page
Préc. : précité .
Quo. Méd. : Le Quotidien du médecin
R.T.D.C. : revue trimestrielle de droit civil
Rapp. : rapport .
R.C.A. : responsabilité civil et assurance (Editions du juris-Classeur)
R.D. Publ. :
R.F.D.A. : Revue française de droit administratif
R.G.A.T. : revue général des assurances terrestres
R.I.D.C. : revue internationale de droit comparé
Ris. : risques
Sén. : Sénat
T. : Tome .
Th. : thèse
T.G.I. : tribunal grande instance

فهرس الرسالة

فقرة		صفحة

المبحث الثانى

حكم عقد التأمين من المسئولية فى الفقه الإسلامى

فقرة		صفحة

المبحث الأول
الخطأ

فقرة		صفحة
	الفرع الثاني : إخلال الطبيب بحق المريض فى الرضاء المتبصر	٨١ : ٩٦
٤٢	مفهوم التزام الطبيب بتبصير المريض	٨١
٤٣	ضرورة الحصول على إذن المريض وتبصيره فى الفقه الإسلامى	٨٤
٤٤	المشكلات التى تثور بخصوص التزام الطبيب بتبصير المريض	٨٥
٤٥	أولاً : تحديد من يقع عليه عبء إثبات توافر الرضاء المتبصر	٨٦
٤٦	تطور موقف محكمة النقض الفرنسية (حكم ٢٥ فبراير ١٩٩٧)	٨٨
٤٧	عبء اثبات الخطأ فى الفقه الإسلامى	٩٠
٤٨	ثانياً : تحديد قيمة الدليل الكتابى كوسيلة لإثبات رضاء المريض	٩٢
	المطلب الثالث : الخطأ داخل الفريق الطبى	٩٧ : ١١٢
٤٩	تمهيد	
٥٠	تطور القضاء فى تحديد مسئولية كل من الجراح وطبيب التخدير	٩٧
٥١	المرحلة الأولى : مسئولية الجراح العقدية عن خطأ الغير	٩٨
٥٢	الأساس القانونى لحكم محكمة النقض الفرنسية	٩٨
٥٣	المرحلة الثانية : استقلال كل من الجراح وطبيب التخدير بخطئه عن الآخر	١٠٢
٥٤	المرحلة الثالثة : مسئولية الفريق الطبى	١٠٥
٥٥	المرحلة الرابعة : العودة إلى تأكيد استقلال كل من الجراح وطبيب التخدير بمسئوليته مع تقرير وجود إلتزام متبادل بينهما بالمشورة(إلتزام بالمشورة داخل الفريق الجراحى)	١٠٨
٥٦	موقف شركات التأمين من توزيع الضمان فى حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبى	١١١
	أولا: وضع المشكلة	

فقرة		صفحة
٧٩	المقابلة بين نظريتى السببية وبين فكرة تفويت الفرصة	١٥٢
٨٠	ضابط علاقة السببية فى الفقه الاسلامى	١٥٣
	المطلب الثاني : أسباب الإعفاء من المسئولية	١٥٧: ١٧٦
٨١	تمهيد وتقسيم	
	الفرع الأول : خطأ المريض	١٥٧: ١٦٤
٨٢	أولاً : صور اجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب	١٥٧
٨٣	ثانياً : شروط اعتبار خطأ المريض سبباً لإعفاء الطبيب من المسئولية	١٦٠
٨٤	التأمين من المسئولية وخطأ المضرور	١٦١
	الفرع الثاني : فعل الغير	١٦٥: ١٦٩
٨٥	المقصود بالغير	١٦٥
٨٦	فعل الغير وخطأ الغير	١٦٦
٨٧	أثر فعل الغير على مسئولية الطبيب	١٦٧
٨٨	خطأ الغير كأحد أسباب الإعفاء من المسئولية فى الفقه الإسلامى	١٦٨
٨٩	التأمين من المسئولية وفعل الغير	١٦٨
	الفرع الثالث : القوة القاهرة	١٧٠: ١٧٦
٩٠	تمهيد وتقسيم	
٩١	أولاً : المقصود بالقوة القاهرة وشروطها	١٧٠
٩٢	ثانياً : أثر القوة القاهرة على مسئولية الطبيب	١٧٣
٩٣	القوة القاهرة أو الآفة السماوية فى الفقه الإسلامى	١٧٤
٩٤	التأمين من المسئولية والقوة القوة القاهرة	١٧٤

الفصل الثانى

نطاق الخطر المؤمن منه

فقرة　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　صفحة

المبحث الأول

المخاطر المغطاة

فقرة		صفحة
١٢٩	الإستثناءات	٢٥٩
	أولاً: شرط عدم التغطية الإجبارى	٢٥٩
	ثانياً : شرط حد الإعفاء	٢٦٠
	١- شرط الإعفاء البسيط	
	٢- شرط الإعفاء المطلق	
	ثالثاً : حالة تطبيق قاعدة النسبية	٢٦٢
	- المقصود بقاعدة النسبية	٢٦٢
	- أساس القاعدة	٢٦٣
	أ- الأساس التشريعى ب- الأساس الفقهى	
	- هل تعد قاعدة النسبية أحد آثار تطبيق المبدأ التعويضى ؟	٢٦٤
	- مجال تطبيق القاعدة	٢٦٤
	الفرع الثانى : التقييد التشريعى لأسباب انتهاك المبدأ التعويضى	٢٦٥: ٢٩٥
١٣٠	تمهيد	
١٣١	أولاً : التأمين الزائد أو المغالى فيه	٢٦٦
١٣٢	تعريفه	٢٦٦
١٣٣	نطاقه	٢٦٦
١٣٤	ثانياً: التأمين المتعدد	٢٦٨
١٣٥	تنظيمه	٢٦٨
١٣٦	تعريفه	٢٧٠
١٣٧	تطبيق قضائى لشروط التأمين المتعدد فى نطاق التأمين من المسئولية الطبية	٢٧٥
١٣٨	تمييز التأمين المتعدد عن التأمين المشترك أو الإقترانى	٢٧٧

فقرة		صفحة

الفصل الثانى

تطبيق الضمان

المبحث الأول

التسوية الودية (الصلح)

فقرة		صفحة
	المقصود بالشرط - حق المؤمن فى اختيار إدارة الدعوى - طبيعة الشرط - إدارة دعوى المسئولية أمام القضاء المدنى- حق المؤمن فى استئناف الحكم الصادر فى دعوى المسئولية - إدارة الدعوى أمام القضاء الجنائى - جزاء مخالفة شرط إدارة الدعوى- مسئولية المؤمن فى مواجهة المؤمن له	
	الفرع الثاني : رجوع المؤمن له بالضمان على المؤمن	٣٢٣: ٣٢٥
١٥٩	تمهيد	
١٦٠	الوسيلة الأولى : إدخال المؤمن فى دعوى المسئولية	٣٢٣
١٦١	الوسيلة الثانية : الرجوع عن طريق دعوى الضمان الأصلية	٣٢٤
	المطلب الثاني : الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن	٣٢٦: ٣٥٨
١٦٢	تمهيد وتقسيم	
	الفرع الأول : الأساس القانونى للدعوى المباشرة	٣٢٨: ٣٣٥
١٦٣	محاولات الفقه رد الدعوى المباشرة إلى أساس قانونى	
	١- الإشتراط لمصلحة الغير	٣٢٨
	٢- الإنابة الناقصة	٣٢٩
	٣- فكرة الإمتياز	٣٣٠
	٤- فكرة الإلتزام بالحبس	٣٣١
	٥- حجز ما للمدين لدى الغير	٣٣١
	٦- فكرة العدالة	٣٣٢
١٦٤	مسلك المشرع بخصوص إقرار الدعوى المباشرة للمضرور فى مواجهة المؤمن	
	١- فى فرنسا ٢- فى مصر	
	٣- تشريع التأمين الإجبارى من المسئولية الطبية فى ليبيا	

فقرة		صفحة

الفصل الثانى

التأمين الإجبارى من المسئولية فى مجال التجارب الطبية

المبحث الأول

تنظيم إجراء التجارب الطبية فى فرنسا

المبحث الثانى

نطاق المسئولية محل الضمان

فقرة		صفحة
٢٢٣	أولا : حالة إجراء التجربة دون استهداف غاية علاجية (التجربة العلمية)	٤٢٦
٢٢٤	ثانيا : حالة إجراء التجربة بهدف تحقيق غاية علاجية (التجربة العلاجية)	٤٢٩
	المبحث الثالث	
	نطاق الضمان	
٢٢٥	تقسيم	
	المطلب الأول : نطاق الضمان من حيث الزمان	٤٣٢ : ٤٣٤
٢٢٦	تمهيد	
٢٢٧	النصوص القانونية	٤٣٢
٢٢٨	تحليل النصوص	٤٣٣
	المطلب الثاني : حدود الضمان من حيث القيمة	٤٣٥ : ٤٣٦
٢٢٩	أصل المسألة	٤٣٥
	المطلب الثالث : حالات استبعاد تطبيق الضمان	٤٣٦ : ٤٤٤
٢٣٠	تمهيد	
٢٣١	الحالة الأولى جراء التجربة دون مراعاة الشروط المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من نص المادة ٢٠٩ / ٣	٤٣٧
٢٣٢	الحالة الثانية : عدم تحقق رضاء الشخص الخاضع للتجربة وفقا للشروط المنصوص عليها فى المادة ٢٠٩ / ٩ ، ٢٠٩ / ١٠	٤٣٨
٢٣٣	الحالة الثالثة : اجراء التجربة دون الحصول على موافقة اللجنة الإستشارية لحماية الأشخاص ، وفقا لما تقضى به المادة ٢٠٩ / ١٢	٤٤٢
٢٣٤	الحالة الرابعة جراء التجربة دون مراعاة القيد الزمنى المنصوص عليه فى المادة ٢٠٩ / ١٢	٤٤٣

فقرة صفحة

فقرة		صفحة

المبحث الأول

تطور مفهوم مسئولية الدولة

المبحث الثانى

خصائص التعويض عن طريق الدولة

رقم الايداع	٩٩/١٣٧٠٢
الترقيم الدولى	I.S.B. N. 977 - 04 - 2692 -X

